Die negative Leistung.

Eine Skizze nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

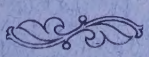
Ernst Knigge

aus

Quedlinburg

Referendar beim Königlichen Amtsgericht zu Gröningen.

Approbiert am 12. Februar 1902.



QUEDLINBURG.

Druck von Wendehake, Meyer & Stegmann.

1903.

125

Die negative Leistung.

Eine Skizze nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Ernst Knigge

aus

Quedlinburg

Referendar beim Königlichen Amtsgericht zu Gröningen.

ACAD. LANDWIRT. BIBL.

Approbiert am 12. Februar 1902.

QUEDLINBURG.
Druck von Wendehake, Meyer & Stegmann.
1903.

Meinen lieben Eltern

in

Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung.

B. Ausführung.

I. Begriff und Wesen der negativen Leistung . . . . . § 1

II. Der Anspruch auf ein Unterlassen.

1. Der obligatorische Anspruch auf ein Unterlassen . . . § 2

a) Der Beginn der Verjährung und die Entstehung des Anspruches auf ein Unterlassen.

b) Die Natur des negativen Anspruches.

c) Die gerichtliche Geltendmachung des negativen Anspruches.

2. Der dingliche Anspruch auf ein Unterlassen . . . . . § 3

a) Frage nach der Entstehung des dinglichen Anspruches.

b) Die dingliche Belastung mit Unterlassungspflichten.

c) Die Behandlung des dinglichen negativen Anspruches.

III. Begründung der negativen Verpflichtung . . . . . § 4

IV. Die Verpflichtung zur Leistung.

1. Der Fall der Erfüllung der negativen Leistung.

a) Ort und Zeit der Leistung . . . . . § 5

b) Die „Erfüllung" der negativen Leistung . . . . . § 6

c) Erlöschungsgründe für das negative Schuldverhältnis.

a. Die Erfüllung . . . . . § 7

b. Andere Gründe für die Erlöschung . . . . . § 8

2. Der Fall der Nichterfüllung der negativen Leistung.

a) Verzug? Unmöglichkeit der Leistung . . . . . § 9

b) Schadensersatz . . . . . § 10

c) Zurückbehaltungsrecht . . . . . § 11

V. Wechsel in der Person des Schuldners oder Gläubigers der negativen Leistung . . . . . § 12

VI. Eintritt Mehrerer in die negative Verbindlichkeit:

1. als Schuldner.

2. als Gläubiger . . . . . § 13

C. Schluß.

D. Anhang: Abkürzungen.

Einleitung.

Eine der wichtigsten Einteilungen, die das Obligationenrecht für die Leistungen als den Gegenstand eines Schuldverhältnisses aufstellt, ist diejenige in positive und negative Leistungen. Diese beiden Gruppen finden sich, wie es schon im gemeinen und in anderen Rechten der Fall war, so auch im Bürgerlichen Gesetzbuch wieder.

Die römischen Juristen rechneten allerdings nur das *dare facere oportere* zu dem Wesen der Obligation und fügten nur allenfalls das *praestare* noch hinzu. Aber trotzdem herrschte auch bei ihnen kein Zweifel darüber, daß die Verpflichtung des Schuldners auch negativ auf eine Unterlassung sich richten könne. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies im Gegensatz zu den römischen Juristen im § 241*) ausdrücklich hervorgehoben.

Das gemeinsame Auftreten der beiden Arten von Leistungen erscheint als eine ganz erklärliche Tatsache. Überall, wo ein geregelter Rechtsverkehr in einem Volke obwalten soll, da müssen sie sich vorfinden. Die eine Gruppe ist die notwendige Ergänzung der anderen. Dem Rechtsverkehr würde durch das Fehlen der einen ein wesentliches Erfordernis genommen werden. Eine andere Frage allerdings ist die, in welchem Verhältnis die beiden zu einander stehen, nämlich ob sie in demselben Grössenumfang auftreten und ob infolgedessen der einen oder anderen eine größere Bedeutung zuzuschreiben ist. Dieses wird natürlich

*) B. G. B. § 241 Satz 2: Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

von der Entwickelungsstufe eines Volkes abhängen und mit der Frage in Zusammenhang zu bringen sein, was überhaupt Gegenstand eines Schuldverhältnisses ist. Bei dieser Betrachtung ergibt sich, daß zu allen Zeiten und bei allen Völkern — man vergleiche nur den heutigen Zustand bei uns — die positive Leistung die wichtigste und zugleich auch die am weitesten verbreitete ist. Denn was fällt nicht alles unter den Begriff des Tuns! Nicht nur Verschaffung des Eigentums, sondern auch jede Verschaffung eines anderen dinglichen Rechtes, Befreiung von einer dinglichen oder obligatorischen Last, Hingabe einer Sache zum bloßen faktischen Haben oder zum Gebrauch oder zur Benutzung und andere Tätigkeiten. Aber trotzdem darf man nicht meinen, daß die negativen Verbindlichkeiten durch die positiven gänzlich in den Hintergrund gedrängt werden. Denn gerade in der neueren Zeit haben die ersteren im Rechtsverkehr sich eine wichtige Stelle erworben. Viele kontraktliche Versprechungen, z. B. Konkurrenzverbote, zielen auf eine Unterlassung ab. Auch die Versprechungen, etwas zu dulden,*) enthalten nichts anderes als Unterlassungsverpflichtungen. Die Unterlassung findet sich auch als gesetzliche Verpflichtung, der wir namentlich im Sachenrecht begegnen, wo sie als Unterlassung der Beeinträchtigung dinglicher Rechte auftritt. Bei alledem muß man sich aber vor Augen halten, daß ein Schuldverhältnis nicht stets ein negatives oder ein positives sein muß. Nein! Es finden sich auch viele Fälle, wo ein Tun und ein Unterlassen gleichzeitig den Gegenstand eines Schuldverhältnisses ausmachen. Für dieses letztere denke man nur an die häufig vorkommenden Mietverträge, in denen sich Mieter und Vermieter außer ihren positiven Obliegenheiten Versprechungen darüber machen, während der Mietsdauer gewisse Handlungen nicht vorzunehmen.

Man sollte nun meinen, daß die positive und die negative Leistung in den einzelnen Rechtssystemen eine gleich-

*) Beispiele s. bei Wendt, a. a. O. § 2.

artige Behandlung erführen, nämlich in der Weise, daß die allgemeinen Rechtssätze des Obligationenrechts für beide Arten in demselben Umfange Geltung hätten. Das ist aber nicht der Fall und zwar nicht nur nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, sondern auch nach anderen Rechtsbüchern. Und diese Eigentümlichkeit hat meist nicht etwa in besonderen zufällig übereinstimmenden Rechtssätzen der einzelnen Gesetzbücher ihren Grund, sondern erscheint als die notwendige Folge der verschiedenartigen Natur beider Obligationen selbst.

Die nachstehende Abhandlung soll nun hauptsächlich eine Darstellung der negativen Obligation nach dem neuen deutschen Privatrecht bringen, wie es sich auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches gestaltet. Wir werden dabei finden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch selbst auf die negative Leistung nur an wenigen Stellen ausdrücklich hinweist, und es wird deswegen stets einer besonderen Prüfung bedürfen, ob ein Rechtssatz für die negative Obligation Geltung hat oder nicht.

Abhandlung.

§ 1.

I. Begriff und Wesen der negativen Leistung.

Wie wir schon oben bemerkten, wird sich unsere Erörterung im großen und ganzen auf die Stellung der negativen Leistung im allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse erstrecken. Doch bevor wir uns diesem Abschnitt unserer Aufgabe zuwenden, ist es angebracht, zumal in dem Folgenden die rechtliche Konstruktion der negativen Leistung eine Rolle spielen wird, auf die begrifflichen Unterscheidungsmerkmale der beiden in Frage kommenden Leistungen, der positiven und der negativen, aufmerksam zu machen.

Die positive Obligation legt dem Schuldner stets ein Tun auf, d. h. eine Änderung eines bestehenden Zustandes, oder mit anderen Worten: Der Schuldner soll etwas schaffen, was bisher noch nicht vorhanden ist. Bei dem negativen Schuldverhältnis finden wir eine derartige Verpflichtung nicht. Hier soll nicht etwa ein bestimmter Zustand geändert werden, sondern es kommt darauf an, daß ein gewisser Zustand so bestehen bleibe, wie er gerade ist. Von einem Wirksamwerden der schuldnerischen Verpflichtung nach außen kann also keine Rede sein, was doch bei der positiven Obligation sehr wohl der Fall ist. Bei der letzteren tritt der Schuldner mit einem „Handeln" an die Außenwelt; ein solches „Handeln" ist bei der negativen Obligation nicht vorhanden. Es gibt allerdings Fälle, bei welchen der Gedanke an ein Wirksamwerden der Obligation nach außen

nahe liegen könnte. Z. B. ein Lederhändler verpflichtet sich seinem Nachbar gegenüber, in seinem Garten kein Leder mehr zu trocknen; augenblicklich hängt aber noch Leder im Garten. Man kann hier, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nachkommt, nicht sagen, daß eine negative Leistung in die äußere Erscheinung trete, und zwar aus dem Grunde, weil in dem oben erwähnten Beispiel ein ganz besonders geartetes Schuldverhältnis obwaltet. Denn Gegenstand desselben ist einmal eine negative Leistung, das Unterlassen des Trocknens, gleichzeitig aber eine positive Leistung, nämlich das Entfernen der bereits aufgehängten Lederstücke. Wir können also mit Recht die negative Obligation auffassen als eine Verpflichtung zur Nichtänderung eines bestimmten Zustandes.

Allerdings finden sich in der Literatur verschiedentlich Versuche, die negative Leistung als eine „Handlung" im Sinne der positiven zu konstruieren. So führt Gerber*) aus, daß es sog. negative Obligationen auf Unterlassung, *obligationes in non faciendo* nicht gebe. Das Unterlassen von Handlungen soll nur als Merkmal freiwilligen Aufgebens von Rechten in Betracht kommen, sodaß vielmehr eine Obligation auf Verzichtleistung vorhanden sei. So soll z. B. die aus dem *pactum de non petendo* entspringende Obligation nichts anderes enthalten als die Verpflichtung des Gläubigers, auf die Ausübung des Klagerechtes — sobald er in die Lage kommt, davon Gebrauch zu machen — auf Verlangen des Gegners Verzicht zu leisten. Danach wäre ja das *pactum de non petendo* im Grunde genommen nichts anderes als ein *pactum de paciscendo*, während es doch vielmehr der sofortige Verzicht auf die Ausübung des Klagerechts ist, wodurch der Berechtigte verpflichtet wird, eine Anstellung der Klage zu unterlassen.**) Und als solche Verbindlichkeiten auf Verzichtleistung will Gerber alle sog.

*) Gerber, a. a. O. S. 37 ff.
Vergl. auch Maxen, a. a. O. S. 200 ff.
**) Unger, a. a. O. § 129, Anm. 31a.

obligationes in non faciendo auffassen. Hiergegen wendet sich besonders Thon*): „Solche Konstruktionen enthalten nicht nur ‚widernatürliche Verrenkungen einfacher Rechtsverhältnisse**)', sondern bare Unmöglichkeiten. Ein Recht zum Tun, auf das man verzichten könnte, gibt es nicht. Auch würde die Konsequenz verlangen, alsdann die positiven Obligationen als Forderungsrechte auf Verzicht des Rechts zum Unterlassen zu konstruieren."

Der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches muß sich aus § 241 ergeben. Dort heißt es: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen." Aus diesem letzten Satze kann man schließen, daß die übrigen Leistungen, die das Gesetzbuch im Auge hat, diejenigen auf ein Tun sind. Wollte nun das Gesetzbuch auch die negativen Leistungen als Leistungen auf ein Tun auffassen, so wäre der Satz 2 des erwähnten § 241 vollkommen überflüssig gewesen. Die ausdrückliche Anführung dieser Vorschrift muß aber für die von uns vertretene Ansicht sprechen.

Eine weitere Frage, die wohl mit der eben erörterten im Zusammenhange steht, geht dahin, ob in der negativen Obligation ein Gebot zum Unterlassen enthalten sei, oder ob man dieselbe als ein Verbot einer Handlung auffassen müsse. Winscheid***) bestimmt „den rechtlichen Gehalt eines Forderungsrechtes dahin, daß der Gläubiger kraft des Forderungsrechtes ein an den Schuldner gerichtetes rechtliches Gebot hat, dahingehend, daß dieser eine gewisse Leistung mache." Da er diesen Satz ganz allgemein ausspricht, so muß er ihn auch auf die negative Obligation beziehen. Am schärfsten widerspricht ihm Thon****): Wenn der Schuldner der negativen Verbindlichkeit ein Gebot

*) Thon, a. a. O. S. 200, Anm. 118.
**) Unger, a. a. O. § 129, Anm. 31a.
***) Winscheid, a. a. O. § 262.
****) Thon, a. a. O. S. 201 f.

empfinge, wenn die Rechtsordnung ihm befähle, sich zur Unterlassung zu bestimmen, so würde er dies stets und immer zu tun schuldig sein. Wie derjenige unrecht handelt, der ein anderes Gebot zu erfüllen versäumt, weil er etwa geschlafen oder sonst eine Beschäftigung getrieben, welche ihm das Gebot aus dem Sinne brachte: so würde aus dem nämlichen Grunde der Schuldner ein Unrecht tun, der auch nur zeitweise der Selbstbestimmung zum Unterlassen vergäße. Die Aufgabe der Rechtsordnung, die natürliche Logik, die Billigkeit endlich verlangen, daß der Imperativ, der in der negativen Obligation liegt, als ein Verbot der Handlung, nicht als ein Gebot der Unterlassung aufgefaßt werde. Nach dieser letzteren Ansicht würde ja die Verpflichtung des Schuldners bis zum Unerträglichen gesteigert.

Aus den soeben geführten Erörterungen hat sich ergeben, daß bei negativen Obligationen einmal von einem positiven *facère* nicht die Rede sein kann, zum anderen auch kein Gebot einer Unterlassung besteht, sondern, wie es ja am natürlichsten erscheint, ein Verbot einer Handlung.

Es bleibt noch übrig, den Ausdruck „negative Leistung" selbst einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Soll damit in der Tat etwas Negatives erreicht werden, etwa derart, wie in der Mathese der Begriff Positiv dem Negativ gegenübersteht und das Plus dem Minus? Dies besagt der in Frage kommende Ausdruck nicht. Wir können zwar etwas Positives schaffen. Aber einen Minus-Erfolg herbeizuführen, ist nicht denkbar. „Negative Leistung" besagt nichts anderes, als „etwas nicht tun", was wir tun könnten. Aber der Ausdruck könnte in dem Falle irre führen, wenn man bei dem Gebrauch des Wortes „Leistung" (Handlung) zu der Ansicht käme, daß die Verpflichtung auf ein Unterlassen einen positiven Beigeschmack habe. Aber wir können mit diesem Ausdruck unbeschadet operieren, einmal deswegen, weil er in der Literatur gang und gäbe ist, zum anderen, weil wir durch die vorhin gegebene Erörterung vor der eben erwähnten Mißdeutung gewarnt haben.

Soviel über die unterscheidenden Merkmale zwischen positiver und negativer Leistung!

Man kann im konkreten Falle zweifelhaft werden, um welch eine Obligation es sich in Wirklichkeit handelt, um eine positive oder um eine negative. Denn unsere Sprache ist so biegsam, daß sie dasselbe positiv ausdrücken kann, was sie zuvor in einen negativen Satz gefaßt hat. Erst eine genauere Betrachtung wird uns belehren, ob wir es tatsächlich mit derjenigen Obligation zu tun haben, für welche wir sie im ersten Augenblick halten. Wendt*) weist uns auf einige solche zweifelhaften Fälle hin: Wer verspricht, eine Erbschaft, zu welcher er berufen und die ihm angefallen ist, nicht anzunehmen, verpflichtet sich anscheinend zu einer Unterlassung, und doch wird ein solches Versprechen so zu verstehen sein, daß dem Schuldner die Ausschlagung der Erbschaft obliegt, also eine positive Handlung und Willenserklärung. Die reine Unterlassung hätte ja die Rechtsfolge, daß der Ablauf der Ausschlagungsfrist den Schuldner in die Lage brächte, als annehmend zu gelten (B. G. B. § 1943 Abs. 2 a. E.), und er hätte seiner Verpflichtung doch zuwider gehandelt. Das umgekehrte Bild führen uns gewisse Versprechungen vor Augen, welche anscheinend positiv gefasst sind, in Wirklichkeit aber zu einer Unterlassung verpflichten. Wenn jemand verspricht, ein Verhältnis bis auf weiteres fortzusetzen, immer bei anderen Personen zu bleiben, eine Sache dauernd zu behalten, so ist in allen diesen Beispielen die Verpflichtung auf eine Unterlassung gerichtet, sich nicht zu trennen, nicht zu heiraten, die Sache nicht zu veräußern u. s. w.

Wichtig wird die Frage nach dem Vorliegen einer Handlung oder einer Unterlassung außer für die Anwendbarkeit der Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuches vor allem bei der Frage nach der Anwendbarkeit der Zwangsvollstreckungsvorschriften.

*) Wendt, a. a. O. § 1.

II. Der Anspruch auf ein Unterlassen.

§ 2.

1. Der obligatorische Anspruch auf ein Unterlassen.

a. Der Beginn der Verjährung und die Entstehung des Anspruches auf ein Unterlassen.

Auf Grund der über den Begriff und das Wesen der negativen Leistung geführten Auseinandersetzungen können wir nun an der Hand des Bürgerlichen Gesetzbuches untersuchen, welche Stellung die negative Obligation im Gesetzbuche einnimmt, und zwar werden wir hierbei häufig Veranlassung finden, auf die Unterschiede von der positiven Leistung hinzuweisen.

Die allererste abweichende Behandlung, die das Bürgerliche Gesetzbuch den beiden interessierenden Obligationen zu teil werden läßt, findet sich in der Lehre von der Verjährung. Der Verjährung unterliegen „Ansprüche". Und unter diesen Begriff fällt nach der Vorschrift des § 194 Abs. 1 B. G. B. nicht nur das Recht, von einem anderen ein Tun zu verlangen, sondern es ist ausdrücklich gesagt, daß dies auch von dem Recht auf ein Unterlassen gilt. Prinzipiell beginnt nun die Verjährung des Anspruches mit dessen Entstehung. Ein Anspruch ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch entstanden, nicht erst wenn die Befriedigung desselben verlangt werden kann, sondern schon mit der Begründung des Gläubigerrechtes*). Dies ergibt sich aus dem Zusammentreffen der Vorschriften des § 199 Satz 1 und des § 202 Abs. 1 B. G. B. Von dieser Auffassung des Gesetzbuches, daß die Verjährung des Anspruches mit dessen Entstehung beginnt, ist aber eine Ausnahme gemacht für die Ansprüche auf ein Unterlassen, also dann, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine negative Leistung zu bewirken hat. Bei solchen Ansprüchen beginnt die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung des Schuldners gegen seine

*) Vergl. Rehbein, a. a. O. S. 303.

Verpflichtung. Diese Vorschrift, welche sich im § 198 B. G. B. findet, mußte das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich einschalten; denn nach § 194 Abs. 1 B. G. B. müßte ja die Verjährung schon dann laufen, wenn der Gläubiger die Erfüllung der negativen Verbindlichkeit zu verlangen versäumt, und zwar würde hier der Lauf der Verjährung mit der Begründung des Gläubigerrechtes anheben. An sich ist die Vorschrift des § 198 Satz 2 B. G. B., wenn man die Sache genau betrachtet, keine Ausnahmebestimmung. Dies muß sich aus der begrifflichen Natur der Verjährung ergeben. Denn von einer Verjährung kann man dann nicht sprechen, wenn der Anspruch befriedigt ist. Der Anspruch auf ein Unterlassen ist aber befriedigt, solange eben unterlassen wird.

Es ist noch auf eine Eigentümlichkeit des Gesetzbuches aufmerksam zu machen, die sich mit der Frage nach der Entstehung des Anspruches bei der negativen Obligation befaßt. Es erheben sich nämlich in der Literatur*) verschiedentlich Stimmen, welche behaupten, daß von einem Anspruch auf ein Unterlassen in Wahrheit nicht die Rede sein könne, sondern das, was man mit dem Begriff „Anspruch" bezeichne, könne bei der negativen Obligation erst dann eintreten, wenn eine Zuwiderhandlung vorliege, wenn nach römischem Rechte *actio nata* ist. Die Vertreter dieser Ansicht werfen also dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine Inkonsequenz vor, wenn es von einem Anspruch auf ein Unterlassen sprechen will. Sein Standpunkt erfährt aber vollkommen Rechtfertigung. Man ziehe nur folgendes in Betracht. Das Bürgerliche Gesetzbuch nimmt einen Anspruch an, sobald die Forderung für den Gläubiger begründet ist. Dabei ist indessen zu beachten, daß, wenn dem auf Begründung einer Forderung gerichteten Rechtsgeschäft ein Anfangstermin oder eine aufschiebende Bedingung beigefügt ist, zwar sofort ein bindendes Rechtsverhältnis begründet wird, die durch das Rechtsgeschäft bestimmte Forderung aber erst mit dem Eintritte des

*) Vergl. Fischer, a. a. O. S. 72.

Termines oder der Bedingung zur Entstehung gelangt. Ist die Forderung aber einmal entstanden, so ist damit, auch wenn die Erfüllung wegen gewährter Stundung oder aus anderen Gründen nicht sofort gefordert werden kann, auch der Anspruch vorhanden. In Konsequenz dieser Auffassung läßt das Bürgerliche Gesetzbuch für den Gläubiger des negativen Verhältnisses den Anspruch mit der Begründung des verpflichtenden Verhältnisses, nicht erst mit dem Zuwiderhandeln seitens des Schuldners entstehen.

b. Die Natur des negativen Anspruches.

Es findet sich in der Literatur*) die Ansicht verfochten, daß der Klaganspruch bei Unterlassungspflichten immer auf das in Geld zu veranschlagende Interesse an der versprochenen Unterlassung gerichtet sei. Die Richtigkeit derselben kann aber nicht zugegeben werden, und selbst wenn es in einzelnen Fällen zuträfe, daß der Klaganspruch nicht auf die Unterlassung selbst mehr sich richten kann, so wäre auch dann noch dem Schluß entgegenzutreten, daß der Interesseanspruch den eigentlichen Obligationsinhalt ausmache. *In obligatione* ist vielmehr stets die Unterlassung als solche. Diese ist dem Schuldner auferlegt und diese bildet den Inhalt seiner Verpflichtung. In zahlreichen Fällen verlangt auch die Klage noch, daß der Beklagte sich der Zuwiderhandlung enthalte, d. h. unterlasse, und begehrt Verurteilung desselben eben in dieser Richtung. So weist unser Prozeßrecht auch Zwangsvollstreckungsmittel zur Erwirkung der Unterlassung auf. So begegnet uns die Klage auf Unterlassung im Bürgerlichen Gesetzbuch wie in der Civilprozeßordnung. Alles dies spricht für die von uns vertretene Meinung. Würde man die Ansicht von Ubbelohde teilen, dann müßte man in dem Falle, wo trotz der

*) Ubbelohde, a. a. O. S. 105.
Dagegen Wendt, a. a. O. S. 78.

Zuwiderhandlung kein Interesseanspruch vorhanden ist, zu dem Resultat kommen, daß eine Obligation ohne Inhalt vorliege.

In der Praxis wird es allerdings häufig eintreffen, daß der Erfüllungsanspruch versagt. Es hat jemand versprochen, bei einer Versteigerung nicht mit zu bieten. Die Verpflichtung des Schuldners kann nur im Augenblick der Versteigerung erfüllt werden, weder vorher noch nachher. Später geht die Klage nur noch auf Schadensersatz. Dasselbe kann sich aber ebensogut bei positiven Schuldverhältnissen, z. B. bei Fixgeschäften ereignen. Es bleibt nach alledem der Schluß gerechtfertigt, daß der Erfüllungsanspruch auf die Unterlassung als solche geht.

c. Die gerichtliche Geltendmachung des negativen Anspruches.

Den Klaggrund einer Erfüllungsklage bildet grundsätzlich die Obligation als solche. Bei negativen Obligationen besteht aber vor der Zuwiderhandlung keine Veranlassung zur Klage*), also gehört zu den klagebegründenden Tatsachen auch die Zuwiderhandlung. Es können aber noch andere Tatsachen hinzutreten. Wichtig hierfür ist beispielsweise eine Bestimmung aus dem Mietrecht. Der Vermieter hat eine Unterlassungsklage gegen den Mieter, wenn derselbe sich eines vertragswidrigen Gebrauchs der Sache schuldig macht. Hierfür ist in § 550 B. G. B. ausdrücklich die Voraussetzung aufgestellt, dass der Mieter den vertragswidrigen Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters fortsetzt. Der Vermieter muß also erst abmahnen und für diese Abmahnung trifft ihn in der Klage die Beweislast**). An der Vorschrift des erwähnten § 550 B. G. B. kann man sich den Unterschied zwischen materiellem Anspruch

*) Ich lasse zunächst den Fall der drohenden Zuwiderhandlung außer Betracht (C. P. O. § 259).

**) Eine ähnliche Bestimmung findet sich z. B. auch im Nießbrauchsrecht (B. G. B. § 1053).

und prozessualem Klagerecht klar machen. Schon aus dem Mietsverhältnis als solchem folgt für den Mieter die Verpflichtung, für den Vermieter der Anspruch (im Sinne des bürgerlichen Rechts) auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauchs. Um diese materiellrechtliche Seite der Rechtslage klarzustellen, hätte es also keiner besonderen Bestimmung bedurft. Im § 550 B. G. B. ist unter Anspruch lediglich das prozessuale Klagerecht gemeint. Denn der materielle Anspruch auf Unterlassen ist gewißlich auch vor der Abmahnung und ohne sie vorhanden.

Eine andere Bestimmung aus dem Mietrecht*) führt uns eine Unterlassungsklage des Mieters vor Augen. Wenn der Vermieter das Grundstück nach der Überlassung an den Mieter mit dem Rechte eines Dritten belastet, durch dessen Ausübung dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch zwar nicht entzogen, aber doch beschränkt wird, so gewährt das Gesetzbuch dem Mieter gegen den Dritten einen Unterlassungsanspruch. Das Gesetz spricht an dieser Stelle von der Unterlassungspflicht des Dritten als solcher. Derselben entspricht selbstverständlich ein Anspruch und Klagerecht des Mieters. Wendt**) hält es für gerechtfertigt, auch hier *ex bona fide* die zuvorige Abmahnung seitens des Mieters zu verlangen. Das bestreite ich. Einmal steht nichts davon im Gesetzbuch, was besonders auffällig ist im Hinblick auf die ausdrückliche Bestimmung des § 550 B. G. B., sodann wäre es wohl auch für alle Unterlassungsverpflichtungen zu verlangen. Dies würde aber zu weit führen.

Sobald die Klage auf Unterlassung begründet erscheint, so ergeht, wenn es sich um eine dauernde Unterlassung handelt, ein Urteil in der Weise, daß dem Schuldner verboten wird, Zuwiderhandlungen gegen seine Unterlassungspflicht vorzunehmen. Auch über Schadensersatz wegen der Zuwiderhandlung wird es, wenn der Gläubiger denselben verlangt, Bestimmungen treffen. Das Urteil braucht sich

*) B. G. B. § 577.
**) Wendt, a. a. O. S. 82.

aber hierauf nicht zu beschränken, sondern es kann für den Fall der Zuwiderhandlung Strafandrohungen aufnehmen. Diese Ermächtigung wird dem erkennenden Gerichte gemäß § 890 Abs. 2 C. P. O. gewährt.

Wenn es sich aber um eine einmalige Unterlassung bei einer bestimmten Gelegenheit handelt und die Zuwiderhandlung erfolgt, dann kann natürlich das Urteil nicht mehr auf das Verbot der Zuwiderhandlung gehen, sondern nur noch auf Schadensersatz, vorausgesetzt, daß ein solcher entstanden ist. Es können aber Fälle vorkommen, wo dem Gläubiger gerade an der Unterlassung selbst viel gelegen ist. Und um ihm einen Schutz dafür zu bieten, daß der Schuldner wirklich seiner negativen Verbindlichkeit nachkommt, zu diesem Zwecke ist die Vorschrift des § 259 C. P. O. gegeben. Danach kann der Gläubiger auch auf künftige Leistung Klage erheben, wenn nach den Umständen begründete Besorgnis vorhanden ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Es ergeht auch hier ein Urteil, allerdings nicht auf Grund eines civilrechtlichen Anspruches, sondern eines Rechtsschutzanspruches. Das Urteil selbst hat für den Fall einer einmaligen Unterlassung gegen den Schuldner nur eine moralische Wirkung. Denn an eine Zwangsvollstreckung auf Grund desselben ist deshalb nicht zu denken, weil es sich zunächst ja noch um eine künftige Leistung handelt, hernach aber bei Eintritt der Fälligkeit entweder dem Verbot freiwillig genügt wird oder aber im Falle der Zuwiderhandlung nur ein Schadensersatzanspruch übrig bleibt. Es soll bei diesem Urteil lediglich die Autorität des richtlichen Spruches ausreichen, um den Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu bewegen. In vielen Fällen wird die Wirkung auch nicht ausbleiben.

Grössere praktische Bedeutung hat ein Urteil aus § 259 C. P. O. überall da, wo der Schuldner zu einer dauernden Unterlassung verpflichtet ist. Denn hier kann ja eine wirkliche Zwangsvollstreckung eingreifen, d. h. der Schuldner kann, wenn er zuwiderhandelt, durch staatlichen Zwang zur

Erfüllung angehalten werden. Der § 259 C. P. O. gibt dabei dem Gläubiger die Möglichkeit, schon dann im Besitze eines Urteils zu sein, wenn der Schuldner das Verbot übertritt. Das Urteil selbst ist durch die Zuwiderhandlung der Zwangsvollstreckung fähig geworden.

§ 3.

2. Der dingliche Anspruch auf ein Unterlassen.

a. Frage nach der Entstehung des dinglichen negativen Anspruches.

Neben den obligatorischen Ansprüchen gibt es noch eine andere Gruppe von Ansprüchen, die man als die dinglichen (absoluten) Ansprüche zu bezeichnen pflegt. Ihnen begegnen wir hauptsächlich im Sachenrecht; man denke nur an die Ansprüche des Eigentümers, Hypothekengläubigers u. s. w. auf Unterlassung der Beeinträchtigung ihrer Rechte. Es ist nun eine weit verbreitete Ansicht, daß nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche das durch das Wesen eines absoluten, insbesondere eines dinglichen Rechtes einem jeden gegenüber begründete Recht auf Unterlassung nicht als „Anspruch" aufzufassen sei. Diese Meinung teilt auch Planck:*) Ein „Anspruch" liege nur dann vor, wenn das Recht, ein Tun oder Unterlassen zu fordern, gegen einen anderen und zwar einen bestimmten anderen begründet ist; nicht jedoch wenn es sich nur um die kraft absoluten Rechtes gegenüber allen bestehende Berechtigung auf Unterlassung der Beeinträchtigung handelt.

Die eben erwähnte Ansicht ist wohl nach dem bisherigen Stande der Literatur als die vorwiegende anzusehen. Ihr tritt aber Hellwig in seinem Buche „Anspruch und Klagerecht" entgegen. Und wohl mit Recht. Wir müssen, um zu der Streitfrage Stellung nehmen zu können, hier in Kürze die Deduktionen Hellwig's referieren. Dingliche Rechte, wie das Eigentum, das Erbbaurecht u. a. enthalten einmal das Recht, über eine bestimmte Sache in der durch die Art des

*) Planck, a. a. O. Erläuterung 2 zu § 198.

Rechtes bestimmten Weise zu herrschen, und andererseits das Recht, dritte Personen von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen, soweit die Einwirkung mit dem dinglichen Rechte in Widerspruch stehen würde. Das erstere Recht bildet den positiven Inhalt des dinglichen Rechtes. Dieses ist kein Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dagegen ist der Inhalt des Verbietungsrechtes nichts anderes als die Summe der Ansprüche, welche gegen Dritte begründet sind. Sie gehen auf Unterlassung, haben ihren Rechtsgrund in dem Bestehen des dinglichen Rechtes und sind subjektiv deshalb nicht weniger bestimmt, weil sie möglicherweise gegen jedermann begründet sind. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird bestätigt durch eine Betrachtung der Situation, die sich ergibt, wenn eine Dienstbarkeit bestellt ist, deren Inhalt lediglich dahin geht, daß auf dem belasteten Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Hier fehlt jeder positive Gehalt des dinglichen Rechtes und die gegnerische Auffassung muß, wenn sie konsequent sein will, zu dem Resultat gelangen, daß ein Recht ohne Inhalt vorliegt. Hellwig weist bei dieser Gelegenheit ausdrücklich darauf hin, daß Planck, der doch sein Gegner ist, für den eben erwähnten Fall zugeben muß, daß die Frage nach dem Vorliegen eines Anspruches zweifelhaft sei*). Eine solche Servitut erschöpft sich in dem Verbietungsrechte, genauer in den Ansprüchen auf Unterlassung der Handlungen. Der Unterschied von der reinen *obligatio in non faciendo* besteht darin, daß in jenem Falle ein Anspruch gegen jedermann, in dem letzteren Falle aber nur gegen einen bestimmten Schuldner begründet ist.

Meines Erachtens läßt sich aber noch auf eine andere Weise begründen, daß die dinglichen Ansprüche auf ein Unterlassen nicht erst mit der Zuwiderhandlung entstehen. Ich habe hierbei den § 198 B. G. B. im Auge. Zweifellos unterliegen auch die sog. dinglichen Ansprüche der Verjährung.

*) Planck, a. a. O. Bemerkung VII vor § 1.

Auf Grund welcher Vorschrift? Eine besondere ist im Gesetzbuche nicht gegeben. Es bleibt lediglich die eben zitierte Gesetzesvorschrift in Verbindung mit § 194 B. G. B. übrig. Da es sich um ein Unterlassen handelt, kommt der Satz 2 des § 198 B. G. B. in Betracht. Der Anspruch auf ein Unterlassen beginnt zu verjähren mit der Zuwiderhandlung. Wenn dem aber so ist, dann muß der Anspruch selbst schon vorher vorhanden sein. Und die Konsequenz dieses Satzes besteht wiederum darin, daß der sog. dingliche Anspruch als ein Anspruch im Sinne des Gesetzbuches sich schon dann qualitiziert, wenn noch niemand eine Beeinträchtigung vorgenommen hat, wenn er also noch der Allgemeinheit als Berechtigung auf Unterlassung gegenübersteht. Das gefundene Resultat, daß man in dem absoluten gegen jeden Dritten begründeten Recht auf Unterlassung einen „Anspruch" zu finden habe, leuchtet danach ein. Ich glaube auch, daß der Natürlichkeit dieser Auffassung nichts entgegensteht. Nur muß man sich stets vor Augen halten, daß ein Klagerecht vor der Verletzung*) jenes Rechtes nicht vorhanden ist. Denn um klagend vorgehen zu können, muß ich einen bestimmten Prozeßgegner haben. Die Allgemeinheit, gegen welche wohl der Anspruch als solcher sich richtet, kann mir für den Prozeß nichts nützen.

In Analogie der dinglichen Ansprüche sind auch die „absoluten" Ansprüche überhaupt, d. h. diejenigen, die ganz allgemein (nicht in Beziehung auf eine Sache, wie die dinglichen) für jemanden gegenüber jedem Dritten begründet sind, zu behandeln. Hierher gehören einmal die Ansprüche, die sich aus den Rechten auf den Genuß der persönlichen Güter ergeben. Darunter fallen die Rechte auf Leib und Leben, Freiheit und Ehre, die durch die §§ 823 ff. B. G. B. anerkannt sind. Ferner das Recht auf Namen, welches als Recht auf den bürgerlichen Namen durch § 12 B. G. B., als Recht auf den kaufmännischen Namen oder die Firma durch die

*) oder wenigstens der drohenden Verletzung (§ 259 C. P. O.)

Vorschriften des Handelsgesetzbuches geschützt wird. Dazu gehören weiterhin die Rechte auf Marken und Warenzeichen. Unter die absoluten Ansprüche zählen sodann auch alle diejenigen, welche aus den Rechten auf Betätigung der Geistes- und Körperkräfte hervorgehen. Den Schutz dieser Rechte bezwecken Gesetze wie die Reichsgewerbeordnung, das Reichsgesetz vom 27. Mai 1896, die Urhebergesetze, das Patentgesetz u. s. w.

Es liegt mir ferne, hier eine erschöpfende Darstellung über die Zahl aller dieser absoluten Rechte sowie den Schutz derselben zu geben. Es kommt vielmehr nur auf den Hinweis an, daß allen diesen Rechten ein Anspruch auf Unterlassung der Beeinträchtigung gegenüber jedem Dritten entspricht, und daß dieser Anspruch als solcher schon vor der Verletzung oder der drohenden Verletzung besteht.

b. Die dingliche Belastung mit Unterlassungspflichten.

Dingliche Ansprüche auf ein Unterlassen ergeben sich aus den verschiedenen dinglichen Rechten, als Eigentum, Erbbaurecht, Servituten etc. und zwar handelt es sich hierbei um Unterlassung der Beeinträchtigung dieser Rechte, die nun je nach dem Umfang und der Art derselben verschieden ist.

Unsere neuen Grundbuchbestimmungen gewähren aber Möglichkeiten, um auch andere Unterlassungsansprüche als dingliche darzustellen. Zur Belastung eines Grundstückes ist nach § 873 B. G. B. grundsätzlich ein Vertrag der Beteiligten sowie Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Es kann allerdings fraglich sein, ob die Parteien eine dingliche Belastung oder nur eine obligatorische Verpflichtung gewollt haben. Dies ist stets Auslegungssache und bedarf darum an dieser Stelle keiner weiteren Erörterung. Für den Inhalt der Belastung kommen natürlich die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, also insonderheit die Bestimmungen über Verstöße gegen Gesetz und gute Sitten zur Anwendung.

Was die Formen der dinglichen Belastung anbetrifft, so fallen für negative Verpflichtungen natürlich diejenigen aus, welche offenbar für positive Verpflichtungen gegeben sind, z. B. Hypotheken u. a. Dagegen ließe sich beim Erbbaurecht der Inhalt der Verpflichtung eines jeden, der über das Grundstück zu verfügen berechtigt ist, als ein negativer bezeichnen. Die Unterlassungspflicht in Gestalt der Grunddienstbarkeit ist besonders häufig. Hierfür greift der § 1018 B. G. B. ein. Danach kann ein Grundstück zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks einmal in der Weise belastet werden, daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, und sodann in der Weise, daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke dem anderen Grundstücke gegenüber ergibt. Mit der letzten Bestimmung wird der Ausschluß der sogenannten Legalservituten, die sich insbesondere aus den §§ 903 ff. B. G. B. ergeben, erzielt. Unter die erstere Bestimmung fallen alle Verpflichtungen, wie: keine geräuschvollen Hantierungen auf dem belasteten Grundstück vorzunehmen, es innerhalb gewisser Grenzen nicht zu betreten u. a.

Eine wesentliche Einschränkung der Grunddienstbarkeiten und somit auch derjenigen, die eine negative Verpflichtung verlangen, wird durch den § 1019 B. G. B. getroffen, wonach eine Grunddienstbarkeit nur in einer solchen Belastung bestehen kann, welche für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet. Auf Grund dieser Vorschrift wäre z. B. die Frage, ob ein Veräußerungsverbot als Grunddienstbarkeit eingetragen werden dürfe, zu verneinen.*)

Auch in Form der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann die dingliche Belastung mit einer Unterlassungspflicht vorkommen. Eine Beschränkung, wie sie § 1019 B. G. B. für die Grunddienstbarkeiten auferlegt, fällt hier natürlich weg. Im übrigen bewegt sich diese dingliche Belastung gemäß

*) Siehe die näheren Ausführungen bei Wendt, a. a. O. S. 120 ff.

§ 1090 B. G. B. in denselben Grenzen, die für die Grunddienstbarkeit gezogen sind. Jene zwei Gruppen negativer Verpflichtungen, die der § 1018 B. G. B. anführt, können auch nur den Gegenstand der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden.

Umstritten ist die Frage, ob Reallasten in der Verpflichtung zu Unterlassungen bestehen können. Definiert doch das Bürgerliche Gesetzbuch*) die Reallast so: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind. Die Reallast kann auch zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes bestellt werden.“ Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches sagte im § 1052: „Die Leistungen können bei einer Reallast nicht in einem Unterlassen bestehen.“ Eine treffende Begründung in den Motiven findet sich nicht. Denn mit dem Satz,**) daß die Abgrenzung der Reallasten gegenüber den Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten jene Beschränkung nötig mache, gelangt man keinen Schritt vorwärts. Eine solche ausdrückliche Bestimmung, wie sie der Entwurf enthielt, weist das Gesetzbuch nicht auf. Die Meinungen über das Schweigen des Gesetzes sind geteilt.***) Die eine Meinung geht dahin, daß jener Satz von der Unstatthaftigkeit so selbstverständlich sei, daß er nicht erst ausdrücklich im Gesetzbuch aufgenommen zu werden brauche. Die entgegengesetzte Ansicht spricht sich dahin aus, daß weder aus dem Moment der Wiederkehr der Leistungen, noch daraus, daß die Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten seien, ein Bedenken gegen die Unterlassungen hergeleitet werden könne. Die Begriffsbestimmung der Reallasten stehe also der Möglichkeit von Unterlassungsreallasten nicht im Wege. Den Grunddienstbarkeiten gegenüber

*) B. G. B. § 1105.

**) Motive, Bd. 3 S. 585.

***) S. Protokoll No. 259 vom 6. November 1893, sub II S. 4762 und 4763.

wäre zu bemerken, daß die Reallasten nicht auf die Unterlassung von Eigentumsbefugnissen zu beschränken wären, daß also die Merkmale von § 1018 B. G. B. nicht zuzutreffen brauchen.

Die Ansicht des Verfassers geht dahin. Gemäß § 241 B. G. B. gibt es auch Unterlassungsleistungen. Zweifellos können sich dieselben auch als wiederkehrende qualifizieren. Es bleibt noch übrig zu prüfen, ob man Unterlassungen aus einem Grundstücke leisten kann. Was heißt „aus einem Grundstücke"? An anderen Gesetzesstellen kommt der Ausdruck vor z. B. in den §§ 1113, 1191, 1199 B. G. B. Seine Bedeutung besteht lediglich darin: Das Grundstück stellt sich als denjenigen Vermögenskomplex dar, aus dem die Zahlung erfolgen soll. Diese Auffassung würde für negative Verbindlichkeiten, also solche, die eine Unterlassung zum Gegenstande haben, gar keinen Sinn ergeben. Deswegen kann man auch die Reallast nicht als Form der dinglichen Belastung mit Unterlassungspflichten ansehen.

c. Behandlung des dinglichen negativen Anspruches.

Die dinglichen Ansprüche auf ein Unterlassen werden im allgemeinen genau so zu behandeln sein, wie die negativen Ansprüche, welche sich aus obligatorischen Rechten herleiten. Auch sie stellen sich wie alle Ansprüche im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches als eine „Verbindlichkeit" dar, auf welche, wenn sie entstanden ist, im Zweifel die allgemeinen Grundsätze des Rechts der Schuldverhältnisse ebenso Anwendung finden, wie auf die aus irgend welchen anderen Gründen entstandenen Forderungen auf eine negative Leistung. Hier wie dort begegnen wir einem Gläubiger und einem Schuldner*), einer Berechtigung und einer Verpflichtung, einer Leistung, einer Erfüllung derselben, kurz

*) Die Civilprozeßordnung spricht dies ganz bestimmt aus, indem sie den zur Exekution Berechtigten als „Gläubiger", seinen Gegner als „Schuldner" bezeichnet.

einem Schuldverhältnis*). Worauf sich die Klage im Falle einer Zuwiderhandlung gegen das dingliche Recht erstreckt, dies ist durch eine allgemeine Bestimmung nicht geregelt. Vielmehr spricht dies das Bürgerliche Gesetzbuch bei den einzelnen dinglichen Rechten ausdrücklich aus. Klageziel ist in erster Linie Beseitigung der Beeinträchtigung. Es gibt aber Störungen, welche zu beseitigende Folgen überhaupt nicht hinterlassen, weder so, daß etwas im eigentlichen Sinne entfernt werden muß, noch so, daß eine Wiederherstellung des früheren Zustandes in Frage ist. In solchen Fällen kann es sich nur noch um das zweite eventuelle Klageziel handeln, nämlich um die Unterlassung. Dies wird aber nur praktisch, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, und diese Besorgnis würde zu den klagebegründenden Tatsachen gehören. Hierfür müssen die Art und Weise der Störung und das ganze Verhalten des Störenden in Betracht gezogen werden. — Vergl. B. G. B. § 1004 und die Verweisungen auf diese Gesetzesvorschrift in den §§ 1011, 1017, 1027, 1065, 1090, 1227, ferner § 12 und § 1134. Die Klage auf Unterlassung ist also durchweg von der Zuwiderhandlung und der Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen abhängig gemacht.

Die Klage aus § 259 C. P. O. ist allerdings schon vor der Zuwiderhandlung unter den in der genannten Vorschrift aufgeführten Voraussetzungen gegeben.**)

§ 4.

III. Begründung der negativen Verpflichtung.

Was die Begründung der Verpflichtung zum Unterlassen betrifft, so wird auch bei dieser Art von Schuldver-

*) Vergl. Hellwig, a. a. O. S. 30 und 31.
Planck, a. a. O. Bd. II S. 4.
Schollmeyer, a. a. O. Vorbemerkung 5 zu § 241.
Dagegen Endemann, a. a. O. Bd. II § 89 Nr. 3.

**) Auf den Unterschied der bürgerlich-rechtlichen und der prozessualen Klage haben wir schon oben (Seite 20 und 21) hingewiesen.

hältnissen ähnlich wie bei den positiven Obligationen am häufigsten die Begründung durch Vertrag vorkommen.*) Und zwar wird es sich hierbei meist um eine ausdrückliche Abrede der negativen Leistung handeln. Es gibt aber auch Fälle, wo sich an die Übernahme der Verpflichtung zu positiven Leistungen eine Verpflichtung zum Unterlassen knüpft. So darf z. B. nach Handelsgesetzbuch § 60 der Handlungsgehülfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben, noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.**) Seltener als durch Vertrag kommt bei positiven Obligationen die Entstehung der Verpflichtung durch einseitiges Rechtsgeschäft vor, z. B. durch Auslobung, Schuldverschreibung auf den Inhaber und Anweisung. Noch seltener als bei positiven Leistungen wird bei negativen Schuldverhältnissen diese Art der Begründung der Verpflichtung statthaben. Eine „Anweisung" (§ 783 B. G. B.) ist bei ihnen überhaupt undenkbar, eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ist nach dem Wortlaut des § 793 B. G. B. wohl denkbar, wird aber in der Praxis nicht vorkommen, das gleiche muß auch von der Auslobung gelten, denn die hierbei ausgesetzte „Belohnung" wird wohl niemals in einer negativen Leistung bestehen. Durch letztwillige Verfügung kann natürlich auch ein Schuldverhältnis auf ein Unterlassen einseitig begründet werden.

Auch aus dinglichen (absoluten) Rechten entstehen Verpflichtungen zum Unterlassen. Und zwar ist hierbei, wie wir oben gesehen haben, ein bindendes Schuldverhältnis zwischen dem Berechtigten und jedem Dritten schon von vornherein anzunehmen, wenn auch erst eine Zuwiderhandlung oder eine drohende Zuwiderhandlung (§ 259 C. P. O.) für den Prozeß von Wichtigkeit wird.

*) Es kann sich um eine rein obligatorische Verpflichtung handeln. Es kann aber bei gewissen negativen Versprechen, namentlich im nachbarlichen Verkehr, eine gesteigerte Wirkung dadurch erreicht werden, dass eine dingliche Belastung eines Grundstücks eintritt.

**) Vergl. auch H. G. B. §§ 61, 74, 75, 112, 113 sowie B. G. B. §§ 550, 603, 605, Z. 2, 654.

IV. Die Verpflichtung zur Leistung.

1. Der Fall der Erfüllung der negativen Leistung.

§ 5.

a. Ort und Zeit der Leistung.

Durch das Schuldverhältnis wird dem Schuldner die Verpflichtung auferlegt, daß er die in der Obligation sich findende Verpflichtung erfülle. Damit ist aber nicht gesagt, daß er überhaupt einmal leiste, sondern, wie das Gesetzbuch sich auszudrücken pflegt, daß er in gehöriger Weise erfülle. Darin ist aber nicht nur Verschaffung der Leistung in ihrem vorgeschriebenen Umfange begriffen, sondern es tritt das weitere Erfordernis hinzu, daß sie am rechten Ort und zur rechten Zeit geschehe. Darum ist die Lehre von Ort und Zeit der Leistung eine der wichtigsten in dem Recht der Schuldverhältnisse. Aber sie hat eine andere Bedeutung für die positive als für die negative Obligation. Es gehört sich, daß die positive an einem bestimmten Ort erfüllt werden muß; es wird deshalb bei dieser Art der Obligationen der richtige Leistungsort von den Parteien fixiert, und wo dies nicht ausdrücklich geschehen ist, da greift die Gesetzesvorschrift des § 269 B. G. B. ein. Bei der negativen Leistung ist eine derartige Fixierung nicht erforderlich, sie kann durch besondere Parteiabrede auf ein bestimmtes Gebiet eingeschränkt sein, sie bezieht sich aber im Zweifel auf jeden Ort. Die begrifflichen Abweichungen zwischen Leistungsort und Bestimmungsort haben einen Sinn allein für positive Leistungen. Bei der negativen ist nur der Unterschied von Leistungsort und Vertragsort denkbar.

Auch die Lehre von der Leistungszeit gestaltet sich für die in Frage stehenden Obligationen verschieden. Prinzipiell wird durch die negative Obligation eine andauernde Verpflichtung des Schuldners zum Unterlassen hervorgerufen. Am deutlichsten finden wir dies bei den dinglichen Ansprüchen auf ein Unterlassen ausgeprägt. Eine zeitliche Begrenzung tritt nur ein, wenn dies besonders ausgemacht ist.

Ein Kündigungsrecht etwa wie beim Dienstvertrag gibt es für den Schuldner nicht. Die Lehre vom Interusurium*) hat lediglich einen Bezug auf positive Leistungen, weil nur bei diesen von einer Verzinsung gesprochen werden kann und infolgedessen nur hier ein Abzug von Zwischenzinsen möglich ist.

Das Resultat dieser Erörterungen besteht darin, daß hinsichtlich der Behandlung von Ort und Zeit der Erfüllung der negativen Leistung erhebliche Abweichungen von der positiven Verbindlichkeit — ich möchte fast sagen, in jeglicher Beziehung — sich ergeben.

§ 6.

b. Die „Erfüllung" der negativen Leistung.

Wir sprachen eben von Ort und Zeit der Erfüllung der negativen Obligation. Gibt es denn hierbei eine „Erfüllung", oder darf man diesen Ausdruck nur verwenden auf Verbindlichkeiten, die auf ein „Tun" gerichtet sind? In der Literatur findet sich vielfach die Ansicht vertreten, daß es bei einem Schuldverhältnis auf ein Unterlassen keine „Erfüllung" gebe. So führt Fischer**) aus: „Bei den lediglich auf Verbot beruhenden absoluten oder relativen Rechten ist eine Erfüllung, Leistung, gar nicht denkbar, sondern nur eine Zuwiderhandlung, eine Überführung aus dem Zustande des Befriedigtseins oder richtiger des Friedens in den der Verletzung". Er ist der Ansicht, daß in der „Erfüllung" etwas Positives liege, was bei der negativen Leistung nicht der Fall ist. An dem letzteren wird auch niemand zweifeln. Aber dagegen kann man wohl berechtigtes Bedenken erheben, daß man den Ausdruck „Erfüllung" nicht auch auf die negative Leistung beziehen dürfe. Nirgends besteht eine Vorschrift im Bürgerlichen Gesetzbuche, daß „Erfüllung" nur etwas Positives meine; vielmehr bin ich der Ansicht, daß dieser Ausdruck vollkommen allgemein ist und sich

*) Vergl. B. G. B. §§ 272, 1133, 1217.

**) Fischer, a. a. O. S. 72.

auf sämtliche Obligationen bezieht. Daß das Gesetzbuch auch auf negative Leistungen den fraglichen Ausdruck verwenden will, glaube ich aus dem Wortlaut des § 345 B. G. B. entnehmen zu dürfen: „Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der (Vertrags-)Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.“ Logischerweise muß also das Gesetzbuch von einer „Erfüllung“ der negativen Leistung sprechen. Sonst hätte der angezogene Paragraph eine andere Fassung erhalten müssen. Das Gesetzbuch selbst verbindet, wie wir eben gesehen haben, mit dem Ausdruck „Erfüllung“ nicht den Sinn, welcher ihm von Fischer beigelegt wird. Und es liegt auch vom ganz objektiven Standpunkt aus gar kein Grund vor, die Allgemeinheit des Ausdrucks „Erfüllung“ zu verneinen; denn weshalb sollte man „Erfüllung“ nicht als „das von dem Schuldverhältnis dem Schuldner auferlegte Verhalten“ oder als „Erreichung des durch das Schuldverhältnis beabsichtigten Erfolges“ bezeichnen? Damit ist aber ein Sinn hineingelegt, der sowohl auf die positive wie auf die negative Obligation paßt.

Auch für diejenigen negativen Verpflichtungen, die sich aus dinglichen Rechten herleiten, gibt es eine „Erfüllung“. Hellwig*) spricht sich ausdrücklich dafür aus. Und da Verpflichtung und Berechtigung aus einem dinglichen Recht sich nicht anders darstellt als ein „Schuldverhältnis“, so sehe ich keinen Anlaß, den Ausdruck „Erfüllung“ nicht auch hier für passend zu erachten.

Nachdem wir gesehen haben, daß man auch bei der negativen Leistung von einer Erfüllung sprechen kann, haben wir zu untersuchen, wie sich unsere ganze Betrachtung zu einer Streitfrage stellt, die das Bürgerliche Gesetzbuch selbst nicht gelöst hat, sondern der Wissenschaft zur Erörterung überläßt**). Es ist dies die Streitfrage, ob zu der Erfüllung

*) Hellwig, a. a. O. S. 26.

**) Vergl. Motive, Bd. II S. 81.

einer Verbindlichkeit ein Vertrag des Schuldners und des Gläubigers erforderlich sei oder nicht, d. h. ein Vertrag, bei welchem der Schuldner dem Gläubiger die geschuldete Leistung in der Absicht macht, dadurch seine Schuld zu tilgen, und der Gläubiger diese Leistung als die ihm geschuldete annimmt. Für diese Ansicht sprechen sich Endemann*) und Windscheid**) aus. Diese Auffassung ist aber meines Erachtens aus dem Grunde unhaltbar, weil es zweifellos Fälle giebt, in denen der Schuldner einseitig die Erfüllung vollziehen kann, so also, daß zu ihrer Bewirkung die Annahme des Gläubigers oder irgend welche Mitwirkung desselben nicht erforderlich ist. Solche Fälle sind z. B. die Verpflichtungen des Schuldners auf Abschluß eines Rechtsgeschäftes mit einem Dritten, was beim Auftrag vorkommt. Ganz besonders aber sind es die Fälle, die für unsere Abhandlung interessieren, nämlich alle Verpflichtungen zum Unterlassen. Man kann also die Erfüllung nur dahin auffassen, daß sie eine Leistung des Geschuldeten ist, und zwar eine Leistung, zu der bald ein einseitiges Handeln des Schuldners genügt, bald eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich ist. Jedenfalls darf man dieses Letztere nicht verallgemeinern. Man könnte vielleicht insofern auch bei der negativen Leistung einen Erfüllungsvertrag als vorliegend annehmen, daß der Schuldner die Leistung als durch das Schuldverhältnis ihm auferlegt bewirkt, der Gläubiger daraufhin schweigt, wobei dann das Schweigen als eine Annahme gelten soll. Diese Ansicht dürfte aber eines vernünftigen Anhaltepunktes entbehren. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst hat sich über diese Streitfrage nicht direkt geäußert. Jedenfalls kann aber die Fassung des § 362 B. G. B. nicht für den Erfüllungsvertrag sprechen, denn der Ausdruck „an den Gläubiger“ ist nicht als Annahme seitens des Gläubigers zu deuten, sondern als eine Bewirkung der Verbindlichkeit seitens des Schuldners in der Art, daß dem Gläubiger die

*) Endemann, a. a. O. Bd. I S. 628.
**) Windscheid, a. a. O. Bd. II § 342.

Möglichkeit gewährt wird, sich des durch die Obligation gewollten Erfolges zu erfreuen.

c. Erlöschungsgründe für das negative Schuldverhältnis.

§ 7.

a. Die Erfüllung.

Eine Betrachtung muß sich daran anknüpfen, ob die Ansicht Stammlers richtig sei, daß durch Erfüllung das Schuldverhältnis nicht aufgehoben werde, wobei er auch den Fall der negativen Leistung zur Begründung seiner Meinung anführt. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst vertritt im § 362 den Standpunkt, daß das Schuldverhältnis durch Erfüllung erlösche. Hiergegen wendet sich Stammler*) mit der Motivierung, durch die Leistung werde nur die einzelne dem Schuldverhältnis entspringende Forderung aus der Welt geschafft, weil nicht jedes Schuldverhältnis die Bestimmung in sich trage, durch eine Leistung, auf die es geht, vernichtet zu werden. Er führt einen Fall an, der für unser Thema interessiert: Hat jemand sich zu einer Unterlassung, z. B. derjenigen einer geräuschvollen Hantierung im Nachbargrundstück in bestimmter Art verpflichtet, so geht das also eingegangene Schuldverhältnis dadurch, daß er die geschuldete Leistung vornimmt und wirklich das Geräusch unterläßt, gerade nicht unter. Wollte man aber sagen, daß die Leistung erst vorliege, wenn die im Vertrage vorgesehene Zeit erfüllt sei, und daß alsdann das Schuldverhältnis endige, so ist zu sagen, daß beides zusammentreffen kann, aber nicht zusammentreffen muß. Mit dem Erreichen des auflösenden Termins endigt das Schuldverhältnis so wie so, ganz gleichviel, ob die nach ihm vorzunehmende negative Leistung wirklich vorgenommen worden ist oder nicht, das dauernde Unterlassen kann als vollständige Leistung dazu kommen, ist aber dann zufällig und ist in sich unnötig, und nicht

*) Stammler, a. a. O. S. 215 ff.

durch die Vornahme der Leistung erlischt hier das Schuldverhältnis, sondern durch den erwähnten Ablauf der Zeit.

Demgegenüber ist aber anzuführen, wenn die Bedeutung eines Schuldverhältnisses darin besteht, das Recht auf eine Leistung, die je nachdem auf ein Tun oder auf ein Unterlassen gerichtet ist, zu gewähren, so ist nach der Leistung das Schuldverhältnis insoweit erloschen, als die Leistung gewährt wurde. Und wenn sie vollständig gewährt wurde, so ist mit dieser ordnungsmäßigen Leistung das Schuldverhältnis gänzlich erloschen. Deshalb kann die Erfüllung als ein guter Grund für das Erlöschen eines Schuldverhältnisses bezeichnet werden. Man muß sich nur stets gegenwärtig halten, daß ein Schuldverhältnis durch Erfüllung nicht notwendig in seiner Totalität zu erlöschen braucht.

Wir haben also gesehen, daß der § 362 B. G. B. auch für die negative Obligation gilt. Die übrigen Vorschriften des berührten Titels (B. G. B., II. Buch, III. Abschn., I. Titel) dürften, wie schon für gewisse Obligationen auf positive Leistung, auf die negative Obligation überhaupt nicht zur Anwendung gelangen, da von einem Empfang der Leistung oder von einer Annahme als Erfüllung bei Unterlassungsschulden nicht die Rede sein kann*). Dagegen halte ich den § 365 B. G. B. für den Fall, daß jemand eine negative Forderung gegen einen Dritten an Erfüllungsstatt gibt, hinsichtlich der Haftung für Mängel im Rechte für anwendungsfähig.

§ 8.

b. Andere Gründe für die Erlöschung des negativen Schuldverhältnisses.

An dieser Stelle sei es uns gestattet, die anderen Tatsachen, die ein Schuldverhältnis erlöschen lassen können, zu betrachten und zwar unter dem Gesichtspunkt, wie diese Erlöschungsgründe in Bezug auf die negative Obligation zu behandeln sind.

*) Vergl. Schollmeyer, a. a. O. § 364, 2a.

Im zweiten Titel des Ende vorigen Paragraphes zitierten Abschnittes erwähnt das Bürgerliche Gesetzbuch als Erlöschungsgrund von Schuldverhältnissen die Hinterlegung. Eine Hinterlegung bezieht sich aber auf konkrete, körperliche Gegenstände. Deswegen können die hierüber gegebenen Vorschriften nicht auf negative Leistungen Anwendung finden.

Eine Kompensation von gegenseitigen Ansprüchen auf ein Unterlassen gibt es nicht. Denn bei der Aufrechnung muß es sich meiner Meinung nach stets um Leistungen handeln, deren Gegenstand ein gewisses Größenmaß besitzt. Dies Erfordernis ist aus dem Wortlaut des § 389 B. G. B. zu entnehmen, wo es heißt: „Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.“ Ein solches Größenmaß ist aber bei der negativen Leistung nicht zu finden, weil hier ein sichtbares Nachaußentreten nicht vorliegt. Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Kompensation auf negative Leistungen würde dem Grundgedanken der Aufrechnung widersprechen, d. h. der wirtschaftlichen Notwendigkeit der Aufhebung von Schuldverhältnissen in dieser Weise.

Den Parteien bleibt es aber unbenommen, die beiden Ansprüche als aufgehoben zu bezeichnen, d. h. es liegt hier nicht eine Aufrechnung im Sinne der §§ 387 ff. B. G. B. vor, sondern ein Rechtsgeschäft, dessen Natur sich als ein Erlaß der beiderseitigen Ansprüche darstellt. Dies gilt sowohl für obligatorische als für dingliche Ansprüche. Es ist zu bemerken, daß der Erlaß genau so wie bei den Verpflichtungen auf ein Tun zu behandeln ist. Auch bei negativen Verbindlichkeiten ist er nicht ein einseitiges Rechtsgeschäft, sondern ein Vertrag. Der Absatz 1 des § 397 B. G. B. findet also in seinem ganzen Umfange Anwendung. Dasselbe muß aber auch von dem Absatz 2 desselben Paragraphen gelten, wo der sogenannte negative Anerkennungsvertrag behandelt wird.

Dieses wären die Gründe für die Erlöschung von Schuldverhältnissen, die das Bürgerliche Gesetzbuch in dem dritten Abschnitt des zweiten Buches zusammengestellt hat. Aber es gibt außerdem noch andere Gründe. So die Vereinigung von Schuld und Forderung in derselben Person. Dies kann selbstverständlich auch bei der negativen Obligation vorkommen. Das Gleiche gilt auch von dem Eintritt der auflösenden Bedingung (§ 158, Abs. 2 B. G. B.), dem Eintritt des Endtermines (§ 163 B. G. B.), dem Rücktritt vom Vertrag, dem Tod des Gläubigers oder Schuldners, vorausgesetzt, daß es sich um eine rein persönliche Forderung und Leistung handelt*).

Alle ebenerwähnten Erlöschungsgründe werden in gleicher Weise für das negative wie für das positive Schuldverhältnis in Anwendung gebracht. Nur hinsichtlich des Rücktritts findet sich einmal eine verschiedenartige Behandlung der beiden interessierenden Schuldverhältnisse. Nämlich für die Beweislast bestimmt der § 358 B. G. B. Folgendes. Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, und bestreitet dieser die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht. Wenn es sich um diesen letzten Fall handelt, so trifft den Rücktrittsberechtigten die Beweislast dafür, daß der Schuldner nicht erfüllt habe**). Die Richtigkeit dieser Vorschrift ergibt sich aus den allgemeinen Regeln über die Beweislast. Danach liegt dem Gläubiger der Nachweis ob für die normalen Vorbedingungen der Rechtsentstehung, nicht der Beweis rechtshindernder oder rechtsaufhebender Tatsachen. Demgemäß hat der Schuldner bei der positiven Obligation zu beweisen, daß er erfüllt habe. Anders

*) Als Erlöschungsgründe für dingliche negative Ansprüche kämen noch Untergang der Sache sowie Löschungsvermerk im Grundbuche in Betracht.

**) Eine analoge Bestimmung findet sich im § 345 B. G. B.

ist es bei der negativen Obligation. Denn da hier das Recht des Gläubigers auf Rücktritt mit der Zuwiderhandlung entsteht, so trifft den Gläubiger die Beweispflicht für diese Rechtsentstehung, d. h. er hat die Zuwiderhandlung des Schuldners darzutun.

2. Der Fall der Nichterfüllung der negativen Leistung.

§ 9.

a. Verzug? Unmöglichkeit der Leistung.

Wir haben bisher den Fall noch nicht in Betracht gezogen, daß der Schuldner der negativen Verpflichtung nicht entspricht, sondern seinem Versprechen „zuwiderhandelt". Wir gelangen also zu dem Fall, wo wir juristisch von einem Nichterfüllen einer Verbindlichkeit sprechen. Klar ist, wenn der Schuldner seine positive Verbindlichkeit schuldhafterweise nicht erfüllt, dann gerät er auf die Mahnung des Gläubigers hin in Verzug. Gilt das Gleiche aber auch für ein Schuldverhältnis auf ein Unterlassen? Stammler*) ist der Ansicht, daß dies sehr wohl auch auf die negative Verbindlichkeit passe; und zwar folge das aus § 339 B. G. B.: abgesehen von dem dort erwähnten Falle müsse es bei den allgemeinen Vorschriften des Verzuges bleiben. Meines Erachtens kommt ein „Verzug" bei der negativen Leistung nicht vor, weder ein Verzug des Gläubigers, denn von einer Annahme der Leistung seitens desselben ist hier überhaupt nicht die Rede, noch ein Verzug des Schuldners. Vielmehr muß durch ein Zuwiderhandeln des Schuldners stets eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt werden. Ich verspreche einem anderen, über ein Geheimnis einem Dritten gegenüber zu schweigen. Ich teile es diesem aber doch mit. Hier liegt etwas vor, was ich nicht wieder ungeschehen machen kann; mit anderen Worten: ich habe den Zweck des Schuldverhältnisses verscherzt, denn ich habe einen Erfolg durch meine Handlung herbeigeführt, der gerade vermieden werden sollte. Juristisch

*) Stammler, a. a. O. S. 145.

gefaßt: ich habe die Leistung unmöglich gemacht*). Dieses gilt aber nicht nur für die von uns eben speziell herangezogene Verbindlichkeit, sondern von jeder negativen Obligation überhaupt. Ein jedes Zuwiderhandeln drückt der negativen Leistung unlösbar den Stempel der Unmöglichkeit auf, da es außerhalb des Gebietes unserer Kräfte steht, etwas Geschehenes ungeschehen zu machen. Damit will ich aber nicht gesagt haben, daß eine negative Leistung durch eine Zuwiderhandlung in ihrem ganzen Umfange unmöglich werden muß, sondern es gibt sehr wohl Fälle, wo es sich nur um eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung handeln wird. Der eine Nachbar verspricht dem anderen, drei Jahre im Nachbargrundstück keine geräuschvollen Handlungen vorzunehmen; er hält aber sein Versprechen eine Zeit lang nicht. Man kann sich diese ganze Leistung, die er zu verschaffen hat, bildlich als eine Kette darstellen. Jedesmal, wo zuwidergehandelt wird, fällt ein Glied der Kette aus. Die übrigen Glieder bleiben bestehen, denn die Leistung in der Zukunft ist noch als möglich anzusehen. Wir finden also, daß auch von einer teilweisen**) Unmöglichkeit der Leistung gesprochen werden kann. Dagegen kann bei einem negativen Schuldverhältnis schwerlich von einer Unmöglichkeit der Leistung als solcher geredet werden. Jeder Unterlassungspflicht bin ich fähig zu genügen. Dieser Satz kann nicht durch herbeigezogene Beispiele entkräftet werden. Es könnte eingewendet werden: Jemand verpflichtet sich, eine Stunde lang das Atemholen zu unterlassen; er tut es aber naturgemäß doch. Sollte man also von einer Unmöglichkeit der negativen Leistung sprechen? Nein! Denn hier ist nicht etwa

*) Vergl. Planck, a. a. O. § 284 No. 9, Schollmeyer, a. a. O. § 284 No. 5.

**) An dem Ausdruck „teilweise leisten“ darf man sich nicht stoßen. Er kommt nicht etwa bloß bei sogenannten „teilbaren“ Leistungen vor, sondern noch in einem weiteren Sinne, wo er „unvollständige Bewirkung einer unteilbaren Leistung sowie die mangelhafte Leistung bedeutet“; vergl. Kipp in der neuen Ausgabe von Windscheid's Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II S. 17.

eine Nichtigkeit des Vertrages aus dem Grunde vorhanden, weil die Leistung als solche nicht möglich ist, sondern deshalb, weil ein unsittliches Verbrechen vorliegt, das doch bekanntlich nie Gegenstand eines Rechtsgeschäftes sein kann. Es kommt demnach für unseren Fall nicht der § 306 B. G. B., sondern der § 138 B. G. B. in Betracht.

Um Mißdeutungen hinsichtlich der letzten Erörterung vorzubeugen, betone ich, daß es, ganz abstrakt geurteilt, keine Unmöglichkeit der negativen Leistung als solcher gibt. Daß eine Unmöglichkeit der Leistung durch Zuwiderhandlung eintritt, darauf habe ich schon oben hingewiesen. Aber auch in anderer Beziehung kann, wenn besondere konkrete Umstände eintreten, von einer Unmöglichkeit der Leistung in Anwendung auf Unterlassungsverbindlichkeiten gesprochen werden. Ich denke hierbei an solche Versprechungen, welche bezwecken, für bestimmte Anlässe und Gelegenheiten gewisse störende Tätigkeiten abzuwehren. Denn in solchen Fällen kann es sich, wie Wendt*) richtig hervorhebt, in der Tat ergeben, „daß das Versprechen nicht mehr erfüllt werden kann, freilich nicht im Sinne einer Notwendigkeit der Zuwiderhandlung, sondern als Unmöglichkeit sowohl von Erfüllung als von Nichterfüllung.“ Es kommt z. B. beim *pactum de non licitando* nicht zur Versteigerung. Im Leben würde man wohl sagen, das Versprechen sei gegenstandslos geworden; die juristische Formel dafür ist aber doch Unmöglichkeit der Leistung.

Das Resultat der bisher in diesem Paragraphen geführten Darstellung besteht also darin, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die vom Verzuge sowohl des Gläubigers als des Schuldners handeln, überhaupt nicht, die Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung nur in gewissem Umfang für die Schuldverhältnisse auf ein Unterlassen Geltung haben.

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches sind nun hinsichtlich des Verzuges und der teilweisen Unmöglich-

*) Wendt, a. a. O. S. 57.

keit der Leistung im Grunde dieselben; aber einen Unterschied macht es doch, ob man bei Zuwiderhandlung gegen eine negative Obligation einen Verzug oder eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung annehmen will. Denn nach der ersten Ansicht müßte in bestimmten Fällen eine Mahnung vorangehen, um unter Umständen einen Rücktritt von dem Vertrage zu ermöglichen. (Ich meine damit nicht, daß der Verzug ein allgemeines Rücktrittsrecht zur Folge habe, sondern ich denke hier an den besonderen Fall des § 326, Absatz 2 B. G. B.) Nach der von uns vertretenen Auffassung von der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung ist aber eine solche Mahnung nicht notwendig.

Der Meinung Oertmanns*), daß es bei Verpflichtungen zum Unterlassen keiner besonderen Mahnung bedürfe, um den Schuldner in Verzug zu setzen, kann man nicht beistimmen, ohne sich einer Inkonsequenz gegen die Behandlung der Voraussetzungen des Verzuges schuldig zu machen. Denn nach § 284 B. G. B. ist für den Verzug des Schuldners u. a. die Mahnung seitens des Gläubigers erforderlich. Dies bildet die Regel. Im Absatz 2 des erwähnten Paragraphen ist zwar der Satz: *dies interpellat pro homine* aufgenommen und hierdurch ein Fall gegeben, wo die Mahnung nicht nötig ist.**) Dieser Satz bildet aber eine Ausnahme von der Vorschrift des Absatz 1. Man könnte, wenn man überhaupt für die negative Obligation einen Verzug für möglich hält, denselben höchstens innerhalb der Grenzen jenes Satzes annehmen. Eine Verallgemeinerung ist ausgeschlossen.

Wir sahen eben, daß die Vorschriften des Verzuges nicht auf negative Obligationen anwendbar sind, sondern diejenigen über teilweise Unmöglichkeit der Leistung. Aber

---

*) Oertmann, a. a. O. § 284, 3b. — Stammler, a. a. O. S. 415 nimmt folgerichtig eine Mahnung als erforderlich an.

**) Der Satz 2 des Absatzes 2 käme für negative Schuldverhältnisse gar nicht in Betracht, weil im Gesetzbuch von einer „Kündigung“ nur bei bestimmten positiven Obligationen, wie Miete, Pacht, Leihe, Darlehn, Dienst- und Werkvertrag gesprochen wird.

selbst wenn wir die Bestimmungen über Verzug als auch auf negative Schuldverhältnisse passend erklären würden, müßten wir finden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die negative Leistung einmal vollkommen abweichend von der positiven Leistung behandelt wissen will. Ich habe dabei die Vorschrift des § 339 B. G. B. im Auge. Danach ist eine Geldsumme, die als Vertragsstrafe für den Fall versprochen worden ist, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder in nicht gehöriger Weise erfüllt, dann als verwirkt anzusehen, sobald der Schuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit in Verzug kommt. Wenn jedoch die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, dann tritt die Verwirkung der Konventionalstrafe mit der Zuwiderhandlung ein. Aus diesem Paragraphen folgt, daß zur Verwirkung der Vertragsstrafe bei der positiven Obligation ein Verschulden des Schuldners erforderlich ist, während dies für die negative Obligation nicht verlangt wird. Kuhlenbeck*) spricht sich allerdings für das Erfordernis des Verschuldens auch bezüglich der negativen Schuldverhältnisse aus: „Die Zuwiderhandlung muß ebenfalls eine schuldhafte (bewußte) sein**). Doch bedarf es nicht des Nachweises der Verschuldung des Beklagten. Der Mangel des Verschuldens kann nur von letzterem als Befreiungsgrund geltend gemacht werden.“ Dagegen ist aber Folgendes zu bemerken. Prinzipiell wird, damit die Vertragsstrafe verwirkt werde, ein Verschulden auf Seiten des Schuldners verlangt. Ausnahmsweise bedarf es aber zur Verwirkung der Vertragsstrafe keines Verschuldens des Schuldners. Wenn nämlich die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht, so genügt die Verletzung der Unterlassungspflicht, die Zuwiderhandlung. Das Gesetzbuch sagt ausdrücklich: die Zuwiderhandlung, nicht die verschuldete Zuwiderhandlung. Es ist nicht erforderlich, daß die Zuwiderhandlung in dem Bewußtsein des Bestehens der Unterlassungspflicht geschieht. Wohl aber muß, damit

*) Kuhlenbeck, a. a. O. § 339 No. 2.

**) Vergl. auch Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 46.

eine Zuwiderhandlung vorliegt, eine bewußte Willensäußerung vorhanden sein. Wer sich also zur Geheimhaltung eines Ereignisses verpflichtet hat und in einem Zustande, der die freie Bestimmung der Geistestätigkeit ausschließt, dasselbe ausplaudert, verwirkt die Vertragsstrafe nicht. Wenn nun Kuhlenbeck verlangt, daß auch die Zuwiderhandlung schuldhaft sein müsse, und nur die Beweislast umkehren will, indem es Sache des Schuldners sei, den Mangel des Verschuldens nachzuweisen, so verstößt er damit gegen das Gesetz, nach welchem „mit der Zuwiderhandlung" die Verwirkung eintreten soll. Auch aus der Vorschrift des § 276 B. G. B. ist nichts anderes zu entnehmen, weil es hier ausdrücklich heißt: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten." Eine solche andere Bestimmung ist aber mit dem zitierten § 339 B. G. B. für den Fall der negativen Leistung getroffen worden. Die Motive suchen den Standpunkt des Gesetzbuches damit zu rechtfertigen, daß das Vertragsstrafeversprechen für eine Unterlassungsschuld nach der mutmaßlichen Absicht der Kontrahenten die Bedeutung einer Garantieübernahme seitens des Schuldners habe*). Übrigens enthält der § 339 B. G. B. nur ergänzende Rechtssätze. Die Parteien können also ein anderes verabreden.

§ 10.

b. Schadensersatz.

Es braucht wohl keiner besonderen Erörterung mehr, daß auch für den Fall der Nichterfüllung einer negativen Verbindlichkeit die allgemeine Bestimmung des § 276 B. G. B. über Schadensersatzleistung eingreifen muß wie bei der Nichterfüllung einer positiven Leistung. Auch bei der negativen Obligation hat der Schuldner grundsätzlich nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten**). Dagegen dürfte der § 277 B. G. B. *(diligentia quam suis)* für negative Schuldverhältnisse kaum anwendbar sein. Man könnte hier

*) Vergl. Motive, Bd. II, S. 278.
**) Über eine besondere gesetzliche Ausnahme s. § 339 B. G. B.

höchstens eine *diligentia quam suis* als Maßstab für die Haftung des Schuldners annehmen, wenn dies besonders vereinbart ist. Denn eine gesetzliche Haftung nur für *diligentia quam suis* gibt es bei den negativen Obligationen nicht. Gleichfalls kann der § 279 B. G. B. bei negativen Leistungen nicht benutzt werden, denn hier kann niemals der Satz gelten: *genus perire non censetur*. Ebenso dürfte der § 281 B. G. B. nur wenig zur Geltung gelangen, da ein Surrogat für die Unmöglichkeit der negativen Leistung nur in den seltensten Fällen in der Praxis vorkommen wird. Über die Behandlung des § 280 B. G. B. war bereits oben*) die Rede.

Einige Schwierigkeit macht die Frage nach der Anwendbarkeit des § 278 B. G. B. auf die Unterlassungsverpflichtungen. Es heißt dort: Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Wendt**) gelangt in seiner Abhandlung zu dem Resultat, daß der genannte Paragraph auch für die in Frage stehende Obligation zur Anwendung komme, indem er meint, man müsse die Gesetzesvorschrift etwas ausdehnend interpretieren.

Soweit der Paragraph sich auf die Haftung des Schuldners für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters bezieht, halte ich ihn auch für anwendbar auf negative Obligationen. Denn indem hier solche Fälle in Betracht kommen, wo es sich um Rechtsgeschäfte und geschäftlichen Betrieb handelt, kann ja von selbst bei allen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen nur von dem gesetzlichen Vertreter die Rede sein als demjenigen, von dem die Zuwiderhandlung ausgeht. Man denke an Veräußerungs- und Konkurrenzverbote.

Der Paragraph spricht aber außerdem noch von Personen, deren man sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit bedient.

*) § 9 der Abhandlung.
**) Wendt, a. a. O. S. 66.

Zur Erfüllung einer negativen Obligation kann man sich keiner Person bedienen. Dies geht nur bei positiven Obligationen. Wenn Wendt sich auf Fälle aus dem Mietrecht beruft und sagt, daß der Mieter für das Verschulden seiner Angehörigen, seines Gesindes, seiner Gäste aufzukommen habe, obgleich dies nicht Personen seien, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bediene, so hat er damit keineswegs einen Satz ausgesprochen, welcher auf § 278 B. G. B. basiert. Denn in den erwähnten Fällen tritt die Haftung des Schuldners ein auf Grund des § 276 B. G. B. in Verbindung mit § 242 B. G. B. Denn Treu und Glauben verlangen, daß der Schuldner jene dritten Personen an einem vertragswidrigen Gebrauche der Sache hindere. Läßt er vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise die Zuwiderhandlung zu, dann liegt ein eigenes Verschulden vor, und die Haftung ergibt sich aus § 276 B. G. B. Genau so verhält sich die Sache in allen den Fällen, wo es sich um eine negative Verpflichtung des Schuldners handelt, vorausgesetzt, daß nicht eine höchstpersönliche Leistung in Frage steht. Nehmen dritte Personen die verbotene Handlung vor, so haftet der Schuldner aus § 276 B. G. B. (in Verbindung mit § 242 B. G. B.), wenn er jene vorsätzlicher oder fahrlässiger Weise an der Vornahme der Handlung nicht gehindert hat. Ein Verschulden jener dritten Personen (z. B. vorsätzliches Handeln trotz Kenntnis der schulderischen Verpflichtung) braucht gar nicht einmal vorzuliegen, um die Haftung des Schuldners herbeizuführen.

§ 11.

c. Zurückbehaltungsrecht.

Wir haben im Bisherigen*) besprochen, wie die Sachlage sich gestaltet, wenn der Schuldner der negativen Leistung seinen Verbindlichkeiten nicht gerecht wird. Die folgende Darstellung führe uns in Kürze den Fall vor Augen, daß der Gläubiger der negativen Leistung seine Obliegenheit nicht er-

*) § 9 und § 10 der Abhandlung.

füllt, die demselben rechtlichen Verhältnis*) wie jene entspringt. Wir gelangen damit zu einer Besprechung des § 273 B. G. B. Auch negative Leistungen können Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein. Bei ihnen würde die Weigerung der geschuldeten Leistung in der Vornahme der zu unterlassenden Handlung bestehen. Aber es kann nur dann von einem Zurückbehaltungsrecht bei Unterlassungsleistungen die Rede sein, wenn die versprochene Leistung durch eine Zuwiderhandlung nicht in ihrem gesamten Umfang vernichtet wird, z. B. wenn es sich um ein Versprechen handelt, den Weg über ein Grundstück nicht mehr in bestimmter Richtung zu nehmen. Denn würde die Leistung — z. B. die Verpflichtung, ein gewisses Werk nicht zu veröffentlichen — durch eine einzige Zuwiderhandlung in ihrer Totalität zerstört, so würde die Vornahme der Handlung, deren Unterlassung man schuldet, nicht sowohl einstweilige Verweigerung der Erfüllung, als vielmehr vollständige Nichterfüllung sein. Ähnliches dürfte für die sogenannte Zug-um-Zug-Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen gelten. Denn auch hier hat diejenige Partei, welche nicht gleichzeitig mit der eigenen Leistung die Leistung ihres Schuldners erhält, gemäß § 320 B. G. B. nur das Recht, die ihr obliegende Leistung zu verweigern, nicht aber dieselbe in ihrem Gesamtumfange unmöglich zu machen.

§ 12.

V. Wechsel in der Person des Schuldners oder Gläubigers der negativen Leistung.

Ein Wechsel in der Person des Schuldners oder des Gläubigers der negativen Leistung kann selbstverständlich eintreten. Hierbei greifen die Vorschriften der §§ 398 ff. B. G. B. ein. Zunächst also diejenigen, welche für die

*) Deshalb ist ein Zurückbehaltungsrecht bei negativen Verpflichtungen, die sich aus dinglichen Rechten ergeben, von vornherein ausgeschlossen.

„Übertragung der Forderung“ gegeben sind. Wenn dabei von einer „Forderung“ die Rede ist, so hat dies nichts anderes zu bedeuten als Anspruch, weil man ganz allgemein die aus einem Schuldverhältnis hervorgehenden Ansprüche als Forderungen zu bezeichnen pflegt. Darum sind diese Bestimmungen auch auf die negative Leistung anwendbar. Ob aber eine negative Forderung in der Tat cedierbar ist, das zu beurteilen muß natürlich dem Einzelfalle überlassen bleiben. Meist wird es sich zwar um höchst persönliche*) Leistungen auf Seiten des Schuldners handeln; aber dies schließt, da ja damit noch nicht eine höchst persönliche Forderung von gläubigerischer Seite geschaffen wird, eine Sondernachfolge durch Cession nicht aus. (§ 399 B. G. B.)

Eine Abtretung negativer dinglicher Ansprüche ist wohl nur insofern denkbar, als das dingliche Recht als solches von einer Person auf die andere übergehen kann.

Einige Paragraphen des berührten Abschnittes (B. G. B. Buch II, Abschnitt IV) mögen eine kurze Erörterung erfahren. Meistenteils kann ja die Frage nach ihrer Anwendbarkeit auf die negative Forderung auf den ersten Blick hin aus der Natur unserer Leistung beantwortet werden. Der § 401 B. G. B. verweist uns auf Hypotheken, Pfandrechte, sowie Bürgschaften, die für eine Forderung bestellt worden sind. Es handelt sich hierbei um Rechtsgeschäfte, welche den Gläubiger gegen die aus der Insolvenz des Schuldners entstehende Gefahr sichern sollen. Diese haben einen vernünftigen Sinn nur, sofern der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit Vermögen gebraucht. Dies ist nicht bei allen positiven, überhaupt aber nicht bei negativen Obligationen der Fall. Eine negativen Obligationen hinzugefügte Bürgschafts- oder Pfandbestellung hat praktische Bedeutung nur für die sekundär eintretende Schadensersatzpflicht, vorausgesetzt, daß durch die Nichterfüllung der negativen Verbindlichkeit ein Schade herbeigeführt ist, welcher

*) Ausnahme: Die Verpflichtung *amplius non agi* geht selbstverständlich auch auf die Erben über. l. 4 § 1 Dig. de verb. obl. 45,1.

das Vermögen betrifft. Vergl. § 253 B. G. B. Die Anfangsbestimmung des Absatzes 1 des § 407 B. G. B. ergibt keinen Sinn für die negative Obligation, da wegen der besonders gearteten Natur derselben eine Leistung an den alten Gläubiger auch Leistung an den neuen Gläubiger bedeuten muß.

Eine Schuldübernahme ist bei der negativen Leistung stets denkbar, also derart, daß ein Dritter mit dem Gläubiger einen Vertrag abschließt, wonach er dann dieselbe Stellung einnehmen will, die der bisherige Schuldner innehatte. Die allgemeinen Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch über Schuldübernahme gibt, finden deswegen auch für die negative Obligation Anwendung. Daß die besonderen Bestimmungen (wie z. B. § 418, Absatz 2 B. G. B.) nicht eingreifen, liegt ja von vornherein auf der Hand.

Was die negativen Forderungen aus dinglichen Rechten anbetrifft, so kann hier von einer Schuldübernahme nicht die Rede sein, da ja jene Ansprüche sich gegen jedermann richten. Ein Wechsel in der Person des Schuldners ergibt hier keinen Sinn.

§ 13.

VI. Eintritt Mehrerer in die negative Verbindlichkeit als Schuldner oder als Gläubiger.

Wenn wir jetzt einen Rückblick tun auf die ganze vorige Erörterung, wo wir die verschiedenartigsten Fälle der Erfüllung und der Nichterfüllung sowohl auf Seiten des Schuldners als auch auf Seiten des Gläubigers beleuchteten, so werden wir finden, daß wir stillschweigend von dem Gesichtspunkte ausgegangen sind, daß nur eine Person als Gläubiger oder als Schuldner der negativen Leistung erscheine. Denn auch in dem Falle, wo wir die dinglichen Ansprüche im Auge hatten, bestand doch ein Schuldverhältnis immer nur zwischen einer Person und einer anderen.

Es bleibt uns noch eine Untersuchung dessen übrig, wie sich die Sachlage juristisch gestaltet, wenn mehrere Personen in ein Schuldverhältnis, das auf ein Unterlassen gerichtet ist, je nachdem als Schuldner oder als Gläubiger eintreten. Hierbei kommen die §§ 420 bis 432 B. G. B. in Frage.

Ein oberflächlicher Blick in diese Vorschriften genügt, um uns zu vergewissern, daß das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen teilbaren und unteilbaren Leistungen unterschieden wissen will. Darum ist die allererste Untersuchung bei der Frage nach der Anwendbarkeit dieser Vorschriften die, ob denn auch bei der negativen Leistung der eben berührte Unterschied obwaltet oder nicht. In der Literatur stimmen die Ansichten nicht überein. Windscheid*) ist der Meinung, daß es teilbare Obligationen auf ein Unterlassen gebe, vorausgesetzt, daß das Tun, welches durch die negative Obligation verboten wird, teilbar sei. „Was ich halb tun kann, kann ich auch halb unterlassen." Dieser Ansicht ist aber aus dem Grunde nicht beizustimmen, weil der Gedanke an das positive Tun, welches verboten sein soll, vollkommen losgelöst werden muß von dem Gedanken, daß es sich bei unserer Frage um ein Verbot handelt. Es muß jeder Hinweis auf das Positive, und so auch der Hinweis auf die Möglichkeit einer Teilbarkeit des positiven Tuns vermieden werden. Vielmehr hat sich unser Augenmerk nur auf das zu richten, was uns die negative Obligation an sich darbietet, nicht aber auf das, was vorliegen würde, wenn wir das Gegenteil dieser in Frage stehenden Obligation, also die positive Leistung in Betracht ziehen. Und bei dieser Untersuchung muß es einleuchten, daß eine negative Leistung

---

*) Windscheid, a. a. O. § 253, Anm. 9.
Ebenso Ubbelohde, a. a. O. § 14.
Dagegen besonders:
Scheurl, a. a. O. S. 75 ff.
Rümelin, a. a. O. S. 207 ff.
Endemann, a. a. O. Bd. I, S. 516.

unter allen Umständen unteilbar ist. Denn das Verbot einer Handlung wird ebensowohl durch den Vollzug eines Teiles derselben als durch ihren vollständigen Vollzug übertreten. Einem Verbot kann man nur gehorchen oder nicht gehorchen; halber Gehorsam ist auch Ungehorsam, und halber Ungehorsam keine Art von Gehorsam. Nun bedeutet aber, wie wir schon früher zu betonen Gelegenheit hatten, eine jede *obligatio in non faciendo* ein Rechtsverbot des bezüglichen Tuns. Also sind alle *obligationes in non faciendo* ausnahmslos und schlechthin unteilbar.

Grundfalsch wäre es, wenn man etwa aus der aus der Nichterfüllung der negativen Verpflichtung resultierenden Schadensersatzleistung, die ja als auf Geld gehend sich als eine teilbare darstellen würde, rückwärts auf Teilbarkeit auch der negativen Leistung als solcher schließen wollte.

Wendt*) möchte die Unterscheidung von Teilbarkeit und Unteilbarkeit bei Unterlassungspflichten ganz ablehnen, weil sie darauf nicht anwendbar sei. Er findet hierfür einen Satz bei Windscheid, Pandekten, § 300 No. 2 bemerkenswert, daß bei einer Mehrheit von Schuldnern der negativen Leistung die Verpflichtung zwischen den mehreren Schuldnern selbst dann nicht sich teile, wenn die Leistung teilbar sei, d. h. wenn der Erfolg, der nicht bewirkt werden soll, in Bruchteilen dargestellt werden könne. Die Begründung bei Windscheid lautet so: zweimaliges Tun je zu $^1/_2$ mache zwar ein ganzes Tun aus, zweimaliges Nichttun zu je $^1/_2$ sei aber so wenig ein ganzes Nichttun, daß es umgekehrt ein ganzes Tun sei. Ich sehe aber nicht ein, wie Wendt mit diesem Windscheid'schen Satze — seine Richtigkeit vorausgesetzt — seine These begründen will. Der Satz selbst bedeutet doch, daß die Vorschriften, die bei Mehrheit von Schuldnern sich an die Teilbarkeit der Obligation knüpfen, keine Geltung haben, sobald es sich um eine negative Leistung handelt; anders ausgedrückt, daß die

*) Wendt, a. a. O. Seite 76.

betreffenden Vorschriften nur für positive Leistungen Geltung haben. Wenn aber eine Gruppe von Rechtssätzen, hier also über die Teilbarkeit der Leistung, nur für die positive Obligation Anwendung findet, so ist dies noch kein Grund zu dem Schlusse, für die negative Leistung die Unterscheidung von Teilbarkeit und Unteilbarkeit abzulehnen. Es ist dies eine rein theoretische Frage, die sich durch den Hinweis auf die Nichtanwendbarkeit gewisser Vorschriften, die nur für positive Obligationen passen, nicht erledigen läßt.

Nach alledem bleibt als Ergebnis: Unteilbarkeit der negativen Leistung, weil dieselbe nicht, ohne in ihrem Wesen verändert zu werden, in Teile zerlegt werden kann.

Daraus muß als logische Konsequenz folgen, daß alle Vorschriften des hier in Frage stehenden Abschnittes (B. G. B. Buch II, Abschnitt VI), soweit sie sich auf teilbare Leistungen beziehen, von vornherein als einer Anwendung auf negative Schuldverhältnisse unfähig zu erachten sind.

Man könnte nun hieraus schließen, daß wenigstens die Vorschriften, welche unteilbare Leistungen ins Auge fassen, wie § 431 und § 432 B. G. B., für die negative Obligation Geltung haben. Aber man wird diese Ansicht nicht halten können, ohne sich einer Inkonsequenz gegen die Auffassung von der inneren Natur der negativen Leistung schuldig zu machen. Der § 431 B. G. B. sagt: „Schulden Mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner.“ Und dies ist eine Bestimmung, die mit Rechtsnotwendigkeit eingreift. Und auch sicher mit Recht, soweit es sich um positive Leistungen handelt. Besteht doch das Wesentliche bei dieser Art Leistungen darin, daß ein Erfolg gewünscht wird, der sehr wohl durch einen einzigen Schuldner herbeigeführt werden kann, wenn auch die anderen nichts dabei mitwirken. Das ist eben das Wesen des Gesamtschuldverhältnisses, daß es zwar mehrere Schuldner verpflichtet, daß aber die Leistung des einen die übrigen befreit. Bei der negativen Obligation glaube ich nicht dasselbe annehmen

zu dürfen. Denn, wie wir schon des öfteren erwähnt haben, liegt die Natur der negativen Leistung darin begründet, daß ein bestimmter Zustand nicht verändert werde. Versprechen nun mehrere Personen eine solche Leistung, d. h. also, verpflichten sie sich zu einer Nichtänderung eines gewissen Zustandes, so kann der Erfolg dieses Versprechens nicht etwa dadurch erreicht werden, daß der eine Schuldner zwar sich seiner Verbindlichkeit gemäß verhält (und etwa in Analogie zu der positiven Leistung die übrigen befreit), sondern hier kann die durch das Schuldverhältnis gewollte Absicht nur dadurch verwirklicht werden, daß ein jeder Schuldner, einzeln in seiner Person, die verbotene Handlung unterläßt.

Aus dem eben Dargestellten ergibt sich als logischer Schluß, daß, wenn beispielsweise sieben Personen eine Unterlassung versprechen, nicht nur sieben Leistungen *„in obligatione"* sind, sondern auch, wenn man den Ausdruck hier gebrauchen darf, *„in solutione"*, d. h. in Wirklichkeit müssen sieben Leistungen erfüllt werden. Es liegt also kein Schuldverhältnis vor, das mit dem Namen „Gesamtschuldverhältnis" belegt werden könnte. Die §§ 421 bis 427 und 431 B. G. B. kommen also für negative Verpflichtungen gar nicht in Betracht. Wenn aber zunächst kein Gesamtschuldverhältnis anzunehmen ist, so kann es meines Erachtens auch dann nicht ein solches werden, wenn an Stelle der negativen Leistung infolge der Zuwiderhandlung die Schadensersatzleistung in Gestalt einer Geldsumme tritt. Es greift also auch keine solidarische Haftung des einzelnen Schuldners ein, sondern ein jeder Schuldner hat in diesem Falle nur für seine eigene Zuwiderhandlung einzustehen, nicht dagegen für diejenige der übrigen. Eine Haftung aller für die Zuwiderhandlung der einzelnen kann nur dann statthaben, wenn eine besondere Vereinbarung darauf abzielt. Aus dieser muß dann wieder unter Anwendung der §§ 133 und 242 B. G. B. ermittelt werden, ob eine solidarische Haftung des einzelnen auf den ganzen

Schaden oder eine partiäre Haftung aller auf einen bestimmten Teil eintreten soll.*)

Es bleibt noch übrig die Betrachtung des Falles, wo mehrere Personen eine negative Leistung beanspruchen können, oder mit anderen Worten die Behandlung der Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 428 bis 430 und 432 B. G. B.

Klar ist, daß es dem Schuldner zunächst gleichgültig sein kann, ob seiner Leistungspflicht ein Verbietungsrecht eines einzelnen oder mehrerer gegenübersteht. Denn ihm wird dadurch keine größere Last auferlegt, als wenn ihm ein Gläubiger gegenüberstände. Denn der Zweck der negativen Obligation ist der, daß der den Gläubigern erwünschte Zustand erhalten bleibe und zwar durch die rechtliche Notwendigkeit fortwährender Enthaltung des Schuldners von einer Tätigkeit, welche jenen Zustand stören würde. Er braucht zu diesem Behufe aber einfach die Tätigkeit zu unterlassen, was zugleich Leistung nicht nur an einen, sondern an alle Gläubiger bewirkt. Ein Wahlrecht seitens des Verpflichteten, wie es der § 428 B. G. B. festsetzt, ist daher meiner Meinung nach ausgeschlossen. Ein Gesamtgläubigerverhältnis nach § 428 B. G. B. wäre demnach auch nicht anzunehmen. Dieses könnte ja zunächst gar keine Anwendung finden und hätte höchstens dann einen Sinn, wenn infolge der Zuwiderhandlung die Schadensersatzpflicht seitens des Schuldners eingriffe. Aber erst für diesen Fall das Wahlrecht des Schuldners zu konstruieren, halte ich für ausgeschlossen. Es bedarf meines Erachtens hierzu einer besonderen Vereinbarung, wenn überhaupt jemals in der Praxis dies vorkommen sollte. Ein Vertrag, in dem sich der Schuldner mehreren gegenüber zu einem Unterlassen verpflichtet, ist, weil der § 428

*) Vergl. die Abhandlungen über das gemeine Recht bei
Windscheid, a. a. O. § 299 Anm. 7 und 9.
Scheurl, a. a. O. S. 100.
Ubbelohde, a. a. O. S. 105.

B. G. B. nicht eingreift, dahin zu interpretieren, daß jedem einzelnen Gläubiger der Schade ersetzt werden muß, den er durch die Zuwiderhandlung erleidet. Denkbar ist der Fall, daß durch die Zuwiderhandlung nur ein Gläubiger verletzt wird. Dann kann auch nur dieser eine auf Ersatz klagen. Dies tritt z. B. ein, wenn der Schuldner sich verpflichtet hat, die Gläubiger an der Vornahme einer Handlung nicht zu hindern, und der Schuldner nur einen Gläubiger von der Vornahme der Handlung abhält.

Wegen der besonders gearteten Natur der negativen Leistung kann auch von einer „gemeinschaftlichen Leistung" an die mehreren Gläubiger im Sinne des § 432 B. G. B. keine Rede sein.

Das Gesamtresultat besteht also darin, daß der ganze fragliche Abschnitt (B. G. B. Buch II, Abschnitt VI) nicht auf die negative Leistung paßt. Dies gilt sowohl für den Fall, daß sie aus einem obligatorischen, als auch daß sie aus einem dinglichen Rechte entspringt. Die genannten Gesetzesvorschriften sind eben ausschließlich auf positive Leistungen geeicht.

Schluss.

Mit dieser Erörterung bin ich am Ende der Abhandlung angelangt. Wir haben gesehen, daß verschiedene Institute, die der allgemeine Teil des Obligationenrechtes darbietet, nur eine Beziehung haben auf positive Obligationen, — z. B. der Verzug — andere zwar auf beide Arten der hier in Frage stehenden Schuldverhältnisse, aber in verschiedenem Umfange für die eine als für die andere Art — z. B. Unmöglichkeit der Leistung. — Ferner kommen Tatsachen vor, die zwar die eine Obligation in bestimmter Weise beeinflussen, die andere dagegen nicht. So haben wir gefunden, daß an die Möglichkeit, eine Klage auf Grund des materiell rechtlichen Anspruches anzustellen, bei der negativen Obligation erst gedacht werden kann, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung zuwiderhandelt, während bei der positiven Obligation diese Möglichkeit von vornherein gegeben ist. Eine besondere Stellung nehmen, wie wir gesehen haben, auch diejenigen negativen Leistungen ein, welche der dinglich Berechtigte zu beanspruchen hat.

Auf einen weiteren wesentlichen Punkt ist noch aufmerksam zu machen.

Es kommen häufig im alltäglichen Leben Versprechungen vor, gewisse Handlungen nicht vorzunehmen, aber allzuhäufig sind gerade unter dieser Art Versprechungen solche vorhanden, die das Recht nicht als Gegenstand eines Schuldverhältnisses ansehen will. Z. B. das Versprechen, ein Konzert, ein Theater nicht zu besuchen und dergl.

Weil diese Vereinbarungen in den gesellschaftlichen Verkehr der Menschen eingreifen, will sie die Rechtsordnung nicht in ihren Schutz nehmen. Ich betone, daß gerade bei den in der ganzen Abhandlung betrachteten Leistungen dies vielfach der Fall ist. Es hat deswegen der Richter bei der Beurteilung eines negativen Versprechens seine Hauptaufgabe darin zu finden, daß er sich zunächst von dem Vorhandensein eines von der Rechtsordnung als gültig anerkannten Schuldverhältnisses überzeugt und nach dessen Erkenntnis prüft, ob die besonderen weiteren Voraussetzungen vorliegen, von welchen das Eingreifen einer Rechtsregel abhängig gemacht wird, die er auf den zu entscheidenden Rechtsfall zur Anwendung bringen will. In diesem Sinne eine kleine Handhabe zu geben, das war der Zweck der vorliegenden Skizze, wenn sie sich zur Aufgabe stellte, das Wesen der negativen Leistung und ihre Stellung im Bürgerlichen Gesetzbuche nach den wichtigsten Gesichtspunkten darzulegen.

Anhang.

Abkürzungen:

Art. = Artikel.
B. G. B. = Bürgerliches Gesetzbuch.
Dernburg, Pandekten = Dernburg, Pandekten. 5. Auflage 1897.
E. G. B. G. B. = Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Endemann = Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Auflage 1899.
Fischer = Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1889.
Gerber = Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast. 1858.
Hellwig = Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.
Kuhlenbeck = Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. 1898.
Maxen = Maxen, Über Beweislast, Einreden und Exceptionen. 1861.
Oertmann = Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.
Planck = Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz. 1. und 2. Auflage 1898, 1899, 1900.
Rehbein = Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. 1899.
Rümelin = Rümelin, Die Teilung der Rechte. 1883.
Scheurl = v. Scheurl, Teilbarbeit als Eigenschaft von Rechten. 1854.

Schollmeyer = Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Stammler = Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Thon = Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.

Ubbelohde = Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. 1862.

Unger = Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1859.

Wendt = Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht. Archiv für die civilistische Praxis, Band 92.

Windscheid = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Kipp. 1900.